Franz Cromme

Die quantitative Erfassung von Monopolmissbrauch und Monopolstellung in § 22 GWB

1966

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547217_0033

UNIVERSITEITSBIBLIOTHEEK
LEIDEN

Die quantitative Erfassung von MONOPOLMISSBRAUCH und MONOPOLSTELLUNG in § 22 GWB

I n a u g u r a l d i s s e r t a t i o n

zur Erlanung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch die Rechts- und Staatswissenschaftliche
Fakultät der Westf. Wilhelms-Universität Münster

vorgelegt von
Franz Cromme
aus Vechta in Oldenburg

1966

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Dr. Lukes
2. Berichterstatter: Prof. Dr. Seidenfus

Dekan: Prof. Dr. Brox

Tag der mündlichen Prüfung: 14. Mai 1966

Dem Andenken
an
meinen Vater
F r a n z C r o m m e

Inhaltsübersicht

		Seite
1o oo	Der Monopolmißbrauch bei der Festlegung von Preisen und Geschäftsbedingungen als Beispiel für quantitativ erfaßbare Tatbestände.	1
2o oo	Die Quantifizierung der mißbräuchlichen Preisgestaltung.	8
23 oo	Der Monopolmißbrauch und die Beeinträchtigung der Freiheit der Konsumenten bei der Preisbildung.	13
24 oo u. 25 oo	Die Quantifizierung des Monopolmißbrauchs (bei der Preisgestaltung) als Abweichung von der "richtigen" Regelung	34
24 oo	Der "r i c h t i g e" Preis	34
24 3o	Der "richtige" Preis als Mittel zur Erreichung der optimalen Güterzuteilung	38
24 5o	Der "richtige" Preis und die Einkommenszuteilung	74
24 6o	Der "richtige" Preis und die Belange einer gesunden Marktstruktur	81
25 oo	Die Quantifizierung der nachteiligen Wirkungen infolge A b w e i c h u n g v o m "r i c h t i g e n" Preis	83
3o oo	Die Quantifizierung der Marktbeherrschung im Sinne von § 22 I GWB	122
31 oo	Monopolstellung und Preisüberhöhung	122
33 oo	Die Nachfrageelastizität als Maß der "Freiheit" der Nachfragerschaft	14o
34 oo	Die Nachfrageelastizität als das Monopolmaß nach § 22 I GWB	146
35 oo	Die Abgrenzung des relevanten Marktes und die Bestimmung der Marktbeherrschung nach § 22 I GWB	171
4o oo	Die quantitative Erfassung des Monopolmißbrauchs bei der Gestaltung von Geschäftsbedingungen.	18o
5o oo	Individualschutz und Strukturschutz beim Tatbestand des Monopolmißbrauchs und beim Kartellbestand.	192

Inhaltsverzeichnis

		Seite
1o oo	Der Monopolmißbrauch bei der Festlegung von Preisen und Geschäftsbedingungen als Beispiel für quantitativ erfaßbare Tatbestände.	1
2o oo	Die Quantifizierung der mißbräuchlichen Preisgestaltung.	8
21 oo	Der Schutz gegen den Monopolmißbrauch nach § 22 III, IV GWB als eindeutiger Fall des sogenannten Individualschutzes	8
22 oo	Monopolmißbrauch als Beeinträchtigung der Freiheit der Konsumwahl	1o
23 oo	Der Monopolmißbrauch und die Beeinträchtigung der Freiheit der Konsumenten bei der Preisbildung	13
23 1o	Der Vertrag als Mittel zur Herbeiführung der "richtigen" Regelung und zur Entfaltung der Persönlichkeit	14
23 2o	Die Erhaltung der Selbstverantwortung des Konsumenten bei der Preisbildung unter dem Druck eines Monopols	2o
23 3o	Die Freiheit der Konsumenten bei Vertragsschluß als Erscheinung der Marktstruktur	21
23 4o	Der Monopolmißbrauch als Abweichung von der "richtigen" Regelung des Geschäftsinhaltes	22
23 5o	Anhang zum dritten Unterabschnitt: Der strafrechtliche Freiheitsschutz in Vermögensangelegenheiten als Mittel zur Verhinderung von Abweichungen von der "richtigen" Regelung	24

		Seite
23 51	Die Widerrechtlichkeit der Nötigung und die Wirkung der Drohung auf die "richtige" Regelung	24
23 52	Der Wucher als Spezialfall von Nötigung und Erpressung	27
23 53	Das Delikt der Preisüberhöhung nach § 2 a Wirtschaftsstrafgesetz und Nötigung und Erpressung	32

---

24 oo u. 25 oo	Die Quantifizierung des Monopolmißbrauchs (bei der Preisgestaltung) als Abweichung von der "richtigen" Regelung	34
24 oo	Der "r i c h t i g e" Preis	34
24 1o	Der gesetzliche Auftrag zur Ermittlung des "richtigen" Preises	34
24 2o	Der gerechte Preis als der Sache nach ökonomisches und der Methode nach vornehmlich juristisches Problem	36
24 3o	Der "richtige" Preis als Mittel zur Erreichung der optimalen Güterzuteilung	38
24 31	Die optimale Rangfolge der Nachfrager bei der Güterzuteilung und ihre Einhaltung durch nichtdiskriminierende Preise	39
24 32	Die optimale Zuteilungsmenge bzw. Produktionsmenge	44
24 33	Gesamtwirtschaftlich koordinierte Mengen und Preise und die richterliche Bestimmung der "richtigen" Regelung	45
24 34	Die optimale Zuteilung von Produktionsmitteln	48
24 35	Die "richtige" Zuteilungsmenge und das tatsächliche Marktverhalten	49
24 36	Die für die "richtige" Zuteilungsmenge zugrundezulegende optimale Kapazität	5o
24 37	Die für die "richtige" Zuteilungsmenge im einzelnen zugrundezulegenden Kosten	54
24 38	Die Herbeiführung der "richtigen" Zuteilungsmenge durch den Grenzkosten-Preis	58
24 39	"Richtiger" Preis und "Als-Ob-Konkurrenz"-Preis	59

		Seite
24 4o	Der "richtige" Preis als Mittel zur Sicherung der Produktion durch Gesamtkostendeckung	61
24 41	Grenzkostenpreis und Gesamtkostendeckung	61
24 42	Sicherung der Produktion durch mindestens die Stückkosten deckende Preise	63
24 43	Gesamtkostendeckung durch Preisdifferenzierung	65
24 44	Sicherung der technischen Entwicklung durch die Entwicklungskosten deckende Preise	68
24 5o	Der "richtige" Preis und die Einkommenszuteilung	74
24 51	Der Grenzkostenpreis und die Verhinderung von Monopolgewinnen	74
24 52	Der "richtige" Preis und die Korrektur der funktionellen Einkommensverteilung durch die Sozialgesetze	76
24 53	Der mindestens die Stückkosten deckende Preis und die Einkommenszuteilung	76
24 54	Der "richtige" Preis und die Gewinne bei steigenden langfristigen Grenzkosten	77
24 55	Der "richtige" Preis bei unvorhersehbaren Mangellagen	78
24 6o	Der "richtige" Preis und die Belange einer gesunden Marktstruktur	81
25 oo	Die Quantifizierung der nachteiligen Wirkungen infolge Abweichung vom "richtigen" Preis	83
25 1o	Die Wirkung der Preisüberhöhung auf das Niveau der Bedarfsdeckung der Verbraucher	83
25 11	Die Bedarfsdeckungsskala	84
25 12	Verkürzung und Veränderung der Bedarfsdeckungsskala infolge Preisüberhöhung bei einem Gut	86
25 13	Der "Preisüberhöhungs- und Verzichtsschaden" infolge der Preisüberhöhung	88
25 14	Substitution des verteuerten Gutes durch "alle" Güter und durch "ähnliche" Güter	9o

		Seite
25 15	Der Preisüberhöhungs- und Verzichtsschaden als in Geldeinheiten ausgedrücktes Nutzenmaß	93
25 16	Abstraktion von den unterschiedlichen Grenznutzen der Einkommen verschiedener Personen beim Preisüberhöhungs- und Verzichtsschaden	96
25 17	Die praktische Ermittlung des Preisüberhöhungs- und Verzichtsschadens	1oo
25 2o	Die Berücksichtigung der Wirkung der Preisüberhöhung auf die Zuteilung der Nominaleinkommen	1o2
25 21	Der Preisüberhöhungs- und Verzichtsschaden als Verschiebung von Realeinkommen und als ersatzloser gesamtwirtschaftlicher Schaden	1o2
25 22	Geringer- oder Gleichgewichtung des Preisüberhöhungs- und Verzichtsschadens beim Monopolgewinn	1o2
25 23	Die Berücksichtigung der Verringerung der Nominaleinkommen einiger Abnehmer infolge Preisüberhöhungen bei Produktionsmitteln	1o8
25 3o	Die Berücksichtigung der Wirkung der Abweichung vom "richtigen" Preis auf die Lauterkeit des Wettbewerbs	1o9
25 4o	Die Berücksichtigung der Wirkung der Abweichung vom "richtigen" Preis auf die Zunahme der Monopolisierung des Marktes	111
26 oo	Das Verhältnis des Preisüberhöhungs- und Verzichtsschadens zum Gesamtumsatz des Gutes als Mißbrauchsmaß	115
27 oo	Die Berücksichtigung subjektiver Gesichtspunkte beim Mißbrauchsmaß	117
28 oo	Hinweis auf das kritische Maß des Monopolmißbrauchs nach § 22 III GWB	12o
3o oo	Die Quantifizierung der Marktbeherrschung im Sinne von § 22 I GWB	122
31 oo	Monopolstellung und Preisüberhöhung	122
31 1o	Durch Monopol verursachte Preisüberhöhung und unangemessener Preis infolge Mangellage	123
31 2o	Der Grenzkostenpreis als Nicht-Monopol-Preis	124

		Seite
31 3o	Die marktbeherrschende Stellung als Markt s t r u k t u r	125
31 4o	Die tatsächliche Preisüberhöhung und die kurzfristig gewinnmaximale Preisüberhöhungsmöglichkeit	129
31 5o	Preisüberhöhungsmöglichkeit und geneigte Nachfragekurve	134
32 oo	"Gutes" und "schlechtes" Monopol als Abweichung vom Zustand der homogenen atomistischen Konkurrenz	137
33 oo	Die Nachfrageelastizität als Maß der "Freiheit" der Nachfragerschaft	14o
33 1o	Die Freiheit der Nachfrager bei der Preisbildung und die "richtige" Regelung	14o
33 2o	Die Nachfrageelastizität als Maß der Freiheit der Gesamtheit der Nachfrager	142
33 3o	Die Ermittlung der "Freiheit" der Nachfragerschaft bei Preisdifferenzierung nach Gruppen	143
33 4o	Die Nachfrageelastizität und der Monopolbegriff des Reichsgerichts	144
34 oo	Die Nachfrageelastizität als das Monopolmaß nach § 22 I GWB	146
34 1o	§ 22 I GWB und die herkömmliche Marktformenlehre	146
34 2o	Das Fehlen "wesentlichen Wettbewerbs" nach § 22 I GWB und die Nachfrageelastizität	15o
34 21	Der dynamische Wettbewerb und § 22 I GWB	15o
34 22	Der "soziologische" Wettbewerbsbegriff und § 22 I GWB	151
34 23	Die Intensität des Wettbewerbsdruckes bei den verschiedenen Marktformen	155
34 24	Die Intensität des Wettbewerbs und die Nachfrageelastizität	158
34 25	Die Nachfrageelastizität als Maß zur Bestimmung der Wettbewerbslage beim marktbeherrschenden Oligopol nach § 22 II GWB	161

		Seite
34 3o	Die Messung der Nachfrageelastizität beim tatsächlichen Preis	164
34 4o	Hinweis auf die praktische Messung der Nachfrageelastizität	167
34 5o	Hinweis auf das kritische Maß der Monopolisierung nach § 22 I GWB	169
35 oo	Die Abgrenzung des relevanten Marktes und die Bestimmung der Marktbeherrschung nach § 22 I GWB	171
35 1o	Die herkömmliche Auffassung vom Monopol als einer Alleinstellung auf einem Markt gleicher Güter	171
35 2o	Die Nichtbeachtung der unterschiedlichen Marktstruktur auf dem Restteil des relevanten Marktes	173
35 3o	Die Nichtbeachtung der unterschiedlichen Wettbewerbseinflüsse von Wettbewerbern außerhalb des relevanten Marktes	174
35 4o	Die Überflüssigkeit der Bestimmung des relevanten Marktes bei § 22 I GWB	174
35 5o	Die richtige Auslegung der Worte " für eine bestimmte Art"	175
4o oo	Die quantitative Erfassung des Monopolmißbrauchs bei der Gestaltung von Geschäftsbedingungen	18o
41 oo	Die Orientierung der "richtigen" Regelung der Geschäftsbedingungen an den gesetzlichen Vertragstypen	18o
42 oo	Die Bedeutung der Gegenleistung für die "richtige" Regelung von risikoüberwälzenden Geschäftsbedingungen	181
43 oo	Der Bewertungsabschlag für die Schlechterstellung infolge unsachgemäßer Risikoüberwälzung	184
44 oo	Das Verhältnis von Bewertungsabschlag und ersparten Wagniskosten als denkbares spezifisches Mißbrauchsmaß bei Geschäftsbedingungen	187
45 oo	Die quantitative Erfassung von Geschäftsbedingungen über verringerte Verschuldenshaftung und von Geschäftsbedingungen sonstigen Inhalts	189
46 oo	Monopolstellung oder intellektuelle Überlegenheit als Ursachen für die mißbräuchliche Gestaltung von Geschäftsbedingungen	19o
5o oo	Individualschutz und Strukturschutz beim Tatbestand des Monopolmißbrauchs und beim Kartelltatbestand.	192

Literaturverzeichnis

Abbott, Lawrence; Qualität und Wettbewerb (Deutsche Ausgabe); München und Berlin 1958

Baumbach, Adolf; Hefermehl, Wolfgang; Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht; 8. Auflage München und Berlin 1960

Benisch, Werner; Kartellrecht und Schutz der individuellen Freiheit; in: Wirtschaft und Wettbewerb 1961 S. 764 - 777

Böhm, Franz; Verstößt ein gesetzliches Kartellverbot gegen das Grundgesetz; in: Wirtschaft und Wettbewerb 1956 S. 173 - 187

Borchardt, Knut; Fikentscher, Wolfgang; Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung, Marktbeherrschung; Stuttgart 1957

Chamberlin, Edward Houston; The Theory of Monopolistic Competition; 6. Auflage London 1948

Drews, Bill; Wacke, Gerhard; Allgemeines Polizeirecht; 7. Auflage Berlin... 1961

Ebisch, Hellmuth; Wirtschaftsstrafgesetz; Berlin und Frankfurt 1959

Fikentscher, Wolfgang; Die Preisunterbietung nach neuem Wettbewerbsrecht; in: "Der Betriebsberater" 1958 S. 201 - 212

Fikentscher, Wolfgang; Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz; München und Berlin 1958 (zitiert: Fikentscher)

Flume, Werner; Rechtsgeschäft und Privatautonomie; in: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben; Karlsruhe 1960

(Frankfurter Kommentar); Kaufmann, Heinz und ...; Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen; Loseblattsammlung Köln 1958 - 1963

v. Gamm, Otto Friedrich Freiherr; Das Kartellrecht im EWG-Bereich; Köln... 1961

(Gemeinschaftskommentar); herausgegeben von Müller-Henneberg, Hans und Schwartz, Gustav; Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht; 2. Auflage Köln 1963

Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen; 1. Auflage Köln und Berlin 1958

Giersch, Herbert; Allgemeine Wirtschaftspolitik; I. Band Wiesbaden 1960

Günther, Eberhard; Relevanter Markt im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen; Karlsruhe 1960

Hildebrand, Wolfgang; Das Monopol in der dynamischen Wirtschaft; Köln (Diss.) 1960

v. Hippel, Eicke; Die Kontrolle der Vertragsfreiheit nach anglo-amerikanischem Recht; Frankfurt 1963

Isay, Rudolf; Tschierschky, S.; Kartellverordnung; Mannheim, Berlin, Leipzig 2. Auflage 1930

Koenigs, Folkmar; Wechselwirkungen zwischen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Recht des unlauteren Wettbewerbs; in: Neue Juristische Wochenschrift 1961 S. 1041 - 1048

Krelle, Wilhelm; Preistheorie; Tübingen und Zürich 1961

Kronstein, Heinrich; Miller, John T.; Schwartz, E.; Modern American Antitrust Law; New York 1958

Langen, Eugen; Kommentar zum Kartellgesetz; 3. Auflage Neuwied 1958

Larenz, Karl; Methodenlehre der Rechtswissenschaft; Berlin ... 1960

Lehmann, Gerhard; Marktformenlehre und Monopolpolitik; Berlin 1956

Lerner, Abba P.; The Concept of Monopoly and the Measurement of Monopoly Power; in Abba P. Lerner; Essays in Economic Analysis; London 1953 S. 3 - 37

Lukes, Rudolf; Der Kartellvertrag; Das Kartell als Vertrag mit Außenwirkungen; München und Berlin 1959 (zitiert: Lukes)

Lukes, Rudolf; Gedanken zur Begrenzung des Inhalts allgemeiner Geschäftsbedingungen; in: Beiträge zum Arbeits-, Handels- und Wirtschaftsrecht (Festschrift für Alfred Hueck); München und Berlin 1959; S. 459-493

Lukes, Rudolf; § 315 BGB als Ausgangspunkt für die Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen; in: Neue Juristische Wochenschrift 1963 S. 1897 - 1901

v. Mangoldt, Hermann; Klein, Friedrich; Das Bonner Grundgesetz; 1. Band 2. Auflage Berlin und Frankfurt 1957

Maurach, Reinhardt; Deutsches Strafrecht Besonderer Teil; 3. Auflage Karlsruhe 1959

Mestmäcker, Ernst-Joachim; Das marktbeherrschende Unternehmen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen; Tübingen 1959

Mestmäcker, Ernst-Joachim; Über die normative Kraft privatrechtlicher Verträge: in: Juristenzeitung 1965 S. 441-446

Metzner, Max; Kostengestaltung, Preisbildung und Marktprobleme 1. Band; Berlin 1953

Meyer-Cording, Ulrich; Monopol und Marktbeherrschung als Rechtsprobleme; Tübingen 1954

Müller, Heinz; Gries, Gerhard; Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen; Frankfurt 1958

Peschel, Karin: Die Koordinierung von Schiene und Straße im Binnengüterverkehr Belgiens, Frankreichs und der Niederlande; Münster (Diss.) 1964

Raiser, Ludwig; Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen; 2. Auflage Bad Homburg 1961

Raiser, Ludwig; Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit; in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben: Karlsruhe 1960

Rasch, Harold: Wettbewerbsbeschränkungen, Kartell- und Monopolrecht; 2. Auflage Herne und Berlin 1958

Reinhardt, Rudolf; Die Vereinigung subjektiver und objektiver Gestaltungskräfte im Verträge; in: Festschrift zum 70. Geburtstag von Walter Schmidt-Rimpler: Karlsruhe 1957; S. 115 - 138

Schinkel, Wolfgang: Die sachliche Abgrenzung des Marktes in § 22 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen; Göttingen (Diss.) 1962

Schmidt-Rimpler, Walter: Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts: in: Archiv für die Civilistische Praxis 147. Band (Neue Folge 27. Band) Tübingen 1941; S. 130 - 197

Schneider, Erich; Einführung in die Wirtschaftstheorie II. Teil: 8. Auflage Tübingen 1963

Schneider, Hans Karl; Über Grenzkostenpreise und ihre Anwendung im Verkehrs- und Energiesektor; in: Gestaltungsprobleme der Weltwirtschaft (Festschrift für Andreas Predöhl); Göttingen 1964; S. 206-236

Schönke, Adolf; Schröder, Horst; Strafgesetzbuch, Kommentar; 12. Auflage München und Berlin 1965

Seidenfus, Hellmuth Stephan: Leben wir in einer Verkehrswende? in: Zeitenwende im Verkehr (Festschrift für Wolfhart Schlichting); Hamburg 1963

Seidenfus, Hellmuth Stephan; Verkehrsmärkte; Basel und Tübingen 1959

v. Stackelberg, Heinrich Freiherr; Grundlagen der theoretischen Volkswirtschaftslehre; 2. Auflage Tübingen und Zürich 1951

Stigler, George J.; Theory of Price; New York 1949

Streitgespräch auf dem 41. Deutschen Juristentag vom 7.9.1955 (Sitzungsbericht); in: Verhandlungen des 41. Deutschen Juristentages Band II; Tübingen 1956; S. E 1 - E 43

Triffin, Robert; Monopolistic Competition and General Equilibrium Theory; Cambridge (Mass.) 1947

Weintraub, Sidney; Price Theory; New York, Toronto, London 1949

Wolff, Hans J.; Verwaltungsrecht I; 6. Auflage München und Berlin 1965

Abkürzungsverzeichnis

AGB	allgemeine Geschäftsbedingungen
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (amtl. Sammlung)
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (amtl. Sammlung)
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes (amtl. Sammlung)
Gem.Komm.	Gemeinschaftskommentar
GG	Grundgesetz
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
h.M.	herrschende Meinung
JZ	Juristenzeitung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
pr.PVG	preußisches Polizeiverwaltungsgesetz
RFH	Reichsfinanzhof
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (amtl. Sammlung)
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (amtl. Sammlung)
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
WStG	Wirtschaftsstrafgesetz
WuWE OLG	Entscheidungssammlung zur Rechtsprechung der Oberlandesgerichte; in: Wirtschaft und Wettbewerb

§ 22 Absatz I, II und III des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung vom 27.7.1957

§ 22

I) Soweit ein Unternehmen für eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen ohne Wettbewerber ist oder keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist, ist es marktbeherrschend im Sinne dieses Gesetzes.

II) Als marktbeherrschend gelten auch zwei oder mehr Unternehmen, soweit zwischen ihnen für eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen allgemein oder auf bestimmten Märkten aus tatsächlichen Gründen ein wesentlicher Wettbewerb nicht besteht und soweit sie in ihrer Gesamtheit die Voraussetzungen des Absatzes 1 erfüllen.

III 1) Die Kartellbehörde hat gegenüber marktbeherrschenden Unternehmen die im Absatz 4 genannten Befugnisse, soweit diese Unternehmen

1. bei Abschluß von Verträgen über diese Waren oder gewerblichen Leistungen ihre Marktstellung beim Fordern oder Anbieten von Preisen oder bei der Gestaltung von Geschäftsbedingungen mißbräuchlich ausnutzen oder
2. durch mißbräuchliche Ausnutzung ihrer Marktstellung den Abschluß von Verträgen über diese Waren oder gewerblichen Leistungen davon abhängig machen, daß der Vertragsgegner sachlich oder handelsüblich nicht zugehörige Waren oder Leistungen abnimmt.

2) Bei der Beurteilung, ob die Marktstellung mißbräuchlich ausgenutzt ist, sind alle Umstände zu berücksichtigen.

1o.oo Der Monopolmißbrauch bei der Festlegung von Preisen und Geschäftsbedingungen als Beispiel für quantitativ erfaßbare Tatbestände.

Die begriffsjuristische Methode der Herausbildung kontradiktorischer Gegensätze bei der Auslegung von Rechtsbegriffen hat sich als unzureichend erwiesen [1]. Als eines der möglichen anderen Auslegungsmittel bietet sich eine quantitative Denkweise an.

Zur Darstellung und Überprüfung dieser Methode am Beispiel dürften besonders manche Tatbestände des Wirtschaftsrechts geeignet sein: Für die vorliegende Untersuchung ist die Aufgabe gestellt, festzustellen, ob die in § 22 Absatz I und III des Kartellgesetzes (GWB) umschriebenen Erscheinungen Marktberrschung und Monopolmißbrauch durch Messung erfaßt werden können und was, d.h. unter welchem Gesichtspunkt, gemessen werden soll.
Nicht Aufgabe dieser Untersuchung ist es, die praktischen Probleme bei dieser Messung, insbesondere auch die Beweisprobleme und die speziell betriebswirtschaftlichen Probleme zu lösen; diese Fragen werden nur gestreift, soweit sich daraus Konsequenzen dafür ergeben, ob ein mögliches Maß dem anderen vorzuziehen ist.
Schließlich ist für die Abhandlung auch nicht die Aufgabe gestellt, die kritischen Maße zu suchen, z.B. von welcher Maßgröße an eine mißbräuchliche Preisgestaltung erst als mißbräuchlich nach § 22 Absatz III GWB anzusehen ist und ein Eingriff des Bundeskartellamtes nach § 22 Absatz III und IV GWB möglich wird. Es geht hier nur um die Meßbarkeit der genannten Erscheinungen nach einem für alle Fälle gleichen Maß.
Schließlich wird hier keine exakte Messung angestrebt, deren Ergebnis in jedem Falle in Zahlen auszudrücken wäre. Es soll vielmehr nur, soweit

---

1) vgl. Larenz, Methodenlehre S. 331.

möglich, an die Stelle einer fast gefühlsmäßigen "Wertung" des Richters eine genauere, überprüfbare "quantitative Denkweise" treten.

Für die Frage, was bei einem Tatbestand zu messen ist, ist beim Kartellgesetz die Kenntnis der Schutzzwecke der die fraglichen Erscheinungen umschreibenden Vorschriften sehr wesentlich. Denn bei der quantitativen Erfassung eines Sachverhalts, z.B. der Wirkungen einer mißbräuchlichen Preiserhöhung, ist in der Regel auf das Maß der Verletzung der verschiedenen Interessen der Beteiligten und der Allgemeinheit abzustellen.

Da die Gewichtung verschiedenartiger Interessen im Verhältnis zueinander nur schwer möglich ist, ist eine rechtssichere Quantifizierung nur möglich, wenn nur eine geringe Zahl von Interessen, d.h. nur ein oder wenige Schutzzwecke zu berücksichtigen sind. Gerade für eine quantitative Erfassung von Tatbeständen sind daher die vom Gesetzgeber bestimmten maßgebenden öffentlichen Interessen [1], und zwar hier die Maß gebenden im wörtlichen Sinne, zu suchen.
Diese Beschränkung - jeder Rechtsvorschrift - auf die Berücksichtigung einzelner Interessen oder Schutzzwecke bedeutet eine Abstraktion vom Einzelfall [2] und kann in Ausnahmefällen eine unsachgemäße Regelung zur Folge haben; das ist jedoch im Interesse einer gleichmäßigen Rechtsanwendung und damit der Rechtssicherheit in Kauf zu nehmen. Desselben Zieles wegen sollte man sogar in Zweifelsfällen der Auslegung einer Vorschrift den Vorzug geben, nach der sich die geringste Zahl der maßgeblichen öffentlichen Interessen ergibt.

---

1) vgl. Wolff § 29 IV a.
2) Schmidt-Rimpler S. 134 oben.

Dennoch entziehen sich die meisten gesetzlichen Tatbestände wegen der Zahl der maßgebenden Interessen einer genaueren quantitativen Erfassung. Zur Darstellung der quantifizierenden Methode der Rechtsanwendung eignen sich daher nur wenige Tatbestände. Dazu gehören vor allem, wie nachzuweisen sein wird, der Tatbestand der Monopolstellung nach § 22 Absatz I GWB und der des Monopolmißbrauchs nach § 22 Absatz III GWB.
Allerdings ist der Mißbrauchstatbestand (§ 22 Absatz III GWB) durch die sog. Kartellnovelle vom 23.7.1965 zu einer Generalklausel umgestaltet worden, nach der das Bundeskartellamt bei jedem Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung eingreifen kann.
Diese Änderung bedeutet zwar eine Erweiterung der Mißbrauchskontrolle, geht jedoch auf Kosten der Rechtssicherheit. Vor allem aber wird dadurch die Anwendung der quantifizierenden Methode bei allen von der Generalklausel umschriebenen Mißbrauchsfällen unmöglich.

Für den Versuch der beispielhaften Darstellung eines weitgehend quantitativ erfaßbaren Tatbestandes eignet sich daher nur der Mißbrauchstatbestand des § 22 Absatz III GWB in der ursprünglichen Fassung. § 22 Absatz III GWB in der Fassung vom 27.7.1957 [1] sieht eine Mißbrauchskontrolle nämlich nur bei mißbräuchlicher Ausnutzung der Marktstellung bei der Festlegung von Preisen, Geschäftsbedingungen und Mitabnahmepflichten vor.

Da diese enger eingegrenzten Mißbrauchsfälle voll von der neuen generalisierenden Legaldefinition des Monopolmißbrauchs erfaßt werden, ist ihre quantitative Erfassung auch bei der geltenden Gesetzes-

---

1) s.o.S. XIV.

lage von vollem praktischen Wert. Aus demselben Grunde ergäben sich auch im Rahmen einer Untersuchung zum neuen § 22 Absatz III GWB (in der Fassung vom 23.7.1965) u.a. dieselben Quantifizierungsversuche; jedoch wäre wegen der Vielfalt der dann zu erfassenden Fälle und der zu berücksichtigen Mißbrauchsmerkmale in der Regel eine quantitative Erfassung des Gesamtverhaltens eines Monopolisten unmöglich.

Hingegen erscheint die Darstellung der quantifizierenden Methode der Rechtsanwendung am Beispiel des Tatbestandes des Monopolmißbrauchs (§ 22 Absatz III GWB) nach der alten Gesetzesfassung - und am Beispiel des Tatbestandes des marktbeherrschenden Unternehmens (§ 22 Absatz I GWB) nach der unveränderten Fassung des Gesetzes - als aussichtsreich.

(Es folgt S. 8)

20 oo Die Quantifizierung der mißbräuchlichen Preisgestaltung.

21 oo Der Schutz gegen den Monopolmißbrauch nach § 22 III, IV GWB als eindeutiger Fall des sogenannten I n d i v i d u a l schutzes.

Als vorläufige Einteilung der für die quantitative Erfassung von § 22 I und III GWB in Frage kommenden maßgeblichen öffentlichen Interessen kann zunächst weiterhin die genannte in der Literatur vorgenommene Zweiteilung in Individual- und Institutionsschutz [1] benutzt werden.
Hierbei allerdings vom Schutz des Wettbewerbs als Institution zu sprechen, ist ungenau, da der Wettbewerb als Einrichtung immer schon dann vorhanden ist, wenn die Möglichkeit der freien wirtschaftlichen Betätigung der Wettbewerber gesichert ist [2].
Es kommt beim Schutz des Wettbewerbs vielmehr auf die Intensität des Wettbewerbs an.
Von diesem Schutz des Wettbewerbs selbst - eben wegen seiner angenommenen generellen Eignung zur Förderung des Einzelnen - (Institutionsschutz) ist der Schutz vor den konkreten nachteiligen Auswirkungen fehlenden Wettbewerbs auf den Einzelnen selbst (Individualschutz) zu trennen. Die Schutzgegenstände des Institutionsschutzes und Individualschutzes stehen zueinander in dem Verhältnis von Mittel und Ziel [3].
Es gibt einen Tatbestand, bei dem man dem - vor allem zu § 1 GWB geführten - Streit darum, welcher der beiden Schutzzwecke maßgebend ist, weitgehend entgehen kann: § 22 III GWB in der Fassung vom 27.7. 1957.

---

1) Lukes S. 128 f; 184 ff; Koenigs S. 1041; Müller-Henneberg im Gem.Komm. S. 64 ff; vgl. BGHZ 13,33/37; Benisch S. 164 ff.
2) Lukes S. 186.
3) vgl. Fikentscher S. 44; Borchardt-Fikentscher S. 26.

Der behördliche Eingriff nach § 22 III, IV GWB setzt das Fehlen eines ausreichenden Wettbewerbs (§ 22 Abs. 1 GWB) nämlich schon voraus und gilt nur den durch diesen Zustand hervorgerufenen Wirkungen des Einzelrechtsgeschäftes.

> Es läßt sich zwar die Ansicht vertreten, daß der Monopolmißbrauch auch nach der Gesetzesfassung vom 27.7.1957 in durch das Monopol ermöglichten Handlungen gegen die Mitbewerber oder Maßnahmen zur Veränderung der Wettbewerbsstruktur bestehen kann [1] [2]; im Vordergrund steht jedoch wegen der Tatbestandsmerkmale "Preis", "Geschäftsbedingungen" usw. auf jeden Fall die Abwehr von Auswirkungen des Monopols auf die Kunden der Monopolisten [3].
>
> Zwar kann die Aussicht auf ein Einschreiten des Bundeskartellamtes nach § 22 III, IV das Interesse an dem Aufbau von Monopolen abschwächen. Das ändert jedoch nichts daran, daß das für die Feststellung des Monopolmißbrauchs maßgebliche öffentliche Interesse nicht auf die Veränderung einer unerwünschten Wettbewerbsstruktur gerichtet ist.

Es ist daher das einfachste, zuerst bei dem Tatbestand des Monopolmißbrauchs bei der Gestaltung von Preisen (§ 22 Abs. 3 GWB) eine quantitative Erfassung der Beeinträchtigung der möglichen schützenswerten Interessen zu versuchen. Hierbei geht es vor allem um das Interesse Dritter am Wettbewerb, das in der Literatur bisher so wenig konkretisiert wurde [4].

Der Mißbrauch soll hier also nicht wie beim Rechtsmißbrauch [5] von der mißbrauchten Position her bestimmt werden. Hier soll vielmehr umgekehrt vorgegangen werden: Die genauere Bestimmung der marktbeherrschenden Stellung (§ 22 Abs. 1 GWB), der Marktstruktur, die zu der Beeinträchtigung der für die Kontrolle nach § 22 III, IV GWB maßgeblichen Interessen mißbraucht wird, ist hintanzusetzen;

---

1) Etwa Vernichtungswettbewerb durch Unterpreise; vgl. aber unten Seite 111/112.
2) Fikentscher, Die Preisunterbietung ... S. 211.
3) Fikentscher, Die Preisunterbietung ... S. 211.
4) Lukes S. 164.
5) vgl. Bartholomeyczik im Gem.Komm. § 22 Anm.82,83.

denn der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens ist völlig umstritten und kann erst nach Klärung der für einen Eingriff nach § 22 III, IV GWB maßgeblichen öffentlichen Interessen mit Inhalt gefüllt werden [1].
Vorerst soll unter marktbeherrschender Stellung bzw. Monopol sehr allgemein eine Stellung mit "überwiegendem Einfluß auf Versorgung, Preisbildung und Qualität" [2] bei einem Gut verstanden werden.

22 oo Monopolmißbrauch als Beeinträchtigung der Freiheit der Konsumwahl.

Als durch die Preisgestaltung eines Monopolisten möglicherweise unmittelbar beeinträchtigte Interessen der Verbraucher kommen die sog. Freiheit der Konsumwahl und die optimale Bedarfsdeckung in Frage [3] [4].
Das belgische Gesetz zum Schutz gegen den Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellung vom 27.5.1960 [5] sieht ausdrücklich in Art. 2 u.a. die Behinderung der Freiheit der Verbraucher als Mißbrauch der Monopolstellung an [6]. Es liegt jedoch nahe, daß eine Beeinträchtigung der Freiheit der Verbraucher kaum quantifizierbar ist.

---

1) wie sich unten Seite 142, 113/14 erweist.
2) Art. 1 des belgischen Gesetzes zum Schutz gegen den Mißbrauch wirtschaftlicher Macht; von Gamm S. 123.
3) Die Wirkungen eines Monopols auf die Produzenten können als mittelbare Wirkungen auf die schutzwürdigen Belange der Verbraucher betrachtet werden; vgl. unten Seite 43, 108/109
4) Die Besonderheiten im Falle von Nachfragemacht werden im Folgenden, soweit die Aussage dadurch nicht unrichtig wird, im Interesse der Anschaulichkeit bewußt außer Acht gelassen.
5) von Gamm S. 123.
6) Ebenso in der Literatur u.a. Fikentscher S. 85; entsprechend Lukes für die Wirkung des Kartells auf das Einzelrechtsgeschäft S. 187/88, 166, 128, 158.

Man kann zunächst die Behinderung der Freiheit des Verbrauchers durch ein Monopol darin sehen, daß er durch den überhöhten Preis beim Einzelrechtsgeschäft in der Freiheit der Konsumwahl beeinträchtigt wird, d.h. der Wahl zwischen den verschiedenen Gütern. Es geht hier also um die isolierte Betrachtung der Entscheidung des Konsumenten bei der Güterwahl unabhängig von seiner Mitwirkung beim Zustandekommen des Preises.
Nach den Erkenntnissen der Nutzentheorie sieht sich der Konsument in der Tat gezwungen, den erhöhten Preis bei einigen Gutseinheiten hinzunehmen und diese weiterhin zu kaufen, nämlich die Gutseinheiten, bei denen der Nutzen pro Geldeinheit nach der Verteuerung noch höher ist als bei einem anderen bisher noch nicht gekauften Gut [1]. Bei den weiteren Einheiten des Gutes wird der Konsument zum Kaufverzicht veranlaßt. Bei wieviel Einheiten der Verbraucher den überhöhten Preis hinnimmt, und bei wievielen er verzichtet, ist in der Nachfragekurve dargestellt [2].

Daraus jedoch etwa ein Maß der Freiheitsbeeinträchtigung herzuleiten, ginge fehl. Denn was für den Zwang des Konsumenten bei dem erhöhten Monopolpreis gilt, gilt auch für einen ermäßigten, wohlmöglich nicht einmal kostendeckenden Preis des Monopolisten, ja auch für jeden Preis z.B. bei vollkommener Konkurrenz. Denn die Güterwahl nach den Gesetzen der Nutzentheorie [3] gilt für alle Preishöhen und alle Arten der Preisbildung. Wenn man sagt, die Preiserhöhung greife in die Konsumsfreiheit ein, so ist

---

1) genauer: als der Nutzen pro Geldeinheit der ersten bisher nicht gekauften Gutseinheit auf der verlängerten Bedarfsdeckungsskala oder als der Nutzen pro Geldeinheit der gleichsam neben der Skala stehenden Ersatzgüter. Eingehend dazu unten Seite 86/87, 91, 92
2) siehe unten Seite 39/40, 41
3) siehe unten Seite 84 ff : die Güterwahl nach der Bedarfsdeckungsskala.

das in Wirklichkeit nichts anderes als eine Beschreibung der - autonomen - Konsumwahl, wie sie immer erfolgt.

Freiheit der Konsumwahl kann vielmehr nur bedeuten, daß der Verbraucher frei von staatlichem Zwang sein Einkommen allein nach Nutzen und Preis der Güter verwenden kann [1]. Der Konsument ist bei der Konsumwahl zwar nicht frei in dem Sinne, nach Belieben etwas tun und lassen zu können, wohl aber ermöglicht die Konsumfreiheit eine individuelle Anpassung der Bedarfsdeckung an die gegebene Preislage mit dem Ergebnis der Nutzenmaximierung.

Die Freiheit der Konsumwahl in diesem Sinne ist bei jedem Monopolpreis, ja sogar bei einem hoheitlich festgesetzten Preis unbeeinträchtigt [2], solange keine Güterzuteilung wie z.B. in der chinesischen Volkskommune erfolgt.

Diese Darstellung der Konsumwahl in Abhängigkeit von Nutzen und Preis der Güter bedeutet übrigens keine Stellungnahme zum Problem der Willensfreiheit, etwa im Sinne des Determinismus. Daß diese Frage vielmehr dahingestellt bleiben kann, zeigt sich, wenn man den für die Konsumwahl entscheidenden Nutzen pro Geldeinheit nach den beiden Komponenten, Nutzen und Preis des Gutes, betrachtet.

Die Höhe des absoluten Nutzens wird hier bei der Beschreibung der Konsumwahl als vorgegeben betrachtet; wie der einzelne Konsument zu der Entscheidung über den Nutzen der Güter kommt, welchen Rang er den verschiedenen Bedürfnissen gibt und welches Gut er als zur Befriedigung dieser Bedürfnisse am geeignetsten auswählt, [3] bleibt also dahingestellt. Hier wird nur die Abhängigkeit der Konsumwahl von den Preisen dargestellt, die sich auch bei freier Nutzenbestimmung durch den Konsumenten zwangsläufig ergibt.

---

1) Der Verbraucher muß sich als Nachfrager zumindest ungehindert als Mengenanpasser (Schneider S. 61) verhalten können.
2) ähnlich Benisch S. 773 für das Kartell.
3) Dazu siehe unten Seite 84/85

23 oo Der Monopolmißbrauch und die Beeinträchtigung der Freiheit der Konsumenten bei der Preisbildung.

Von der Einwirkung des erhöhten Preises auf die Freiheit der Konsumwahl ist die mögliche Auswirkung eines Monopols auf die Freiheit der Konsumenten bei der Preisbildung, der Bestimmung des Austauschverhältnisses, zu unterscheiden. Die Berechtigung des Begriffes "Freiheit" in diesem Zusammenhang, kann dahingestellt bleiben [1], gemeint ist hier mit der Auswirkung des Verhaltens des Monopolisten auf die "Freiheit" der Preisbildung, daß die Abnehmer "stärker auf Preise und Bedingungen eingehen" müssen [2].

Wieweit der Abnehmer von dem Monopolisten abhängig ist, ist vielleicht daran zu messen, wieweit er seinen Preisforderungen Folge zu leisten sich genötigt sieht, ohne daß sich für ihn eine Substitution lohnt. Das gibt für alle möglichen Preise in der Gesamtbetrachtung die Nachfragekurve des einzelnen Konsumenten an. Es wäre daher daran zu denken, an Hand der Nachfragekurve ein Maß der Freiheit des einzelnen Abnehmers zu entwickeln [3].

Damit wären jedoch nur die durch das Monopol geschaffenen Möglichkeiten gekennzeichnet, etwa ein Maß der Marktbeherrschung angegeben [4]. Die Abhängigkeit des Konsumenten sagt jedoch nichts darüber aus, in welchem Maße die Monopolstellung tatsächlich im konkreten Falle bei der Preisbildung mißbräuchlich ausgenutzt wurde. Soll jedoch der Monopolmißbrauch untersucht werden, so kommen nur die Auswirkungen auf den Inhalt des Einzelrechtsgeschäfts und Auswirkungen auf die Persönlichkeit des das Geschäft abschließenden Konsumenten in Frage.

Da das Geschäft selbst nicht frei oder unfrei sein kann, steht nur eine Wirkung der Abhängigkeitslage

1) Dazu unten Seite 141
2) Lukes S. 157, für die Wirkung des Kartells auf das Einzelrechtsgeschäft.
3) Dazu unten Seite 142 143, 178 die Erläuterungen zu § 22 Abs. 1 GWB.
4) siehe unten Seite 164/65

des Konsumenten auf seine einzelnen zu dem Geschäft führenden Entscheidungen-zunächst abstrahiert von dem Inhalt des Geschäftes - zur Debatte. Hierbei stellt sich aber die Frage, welche Bedeutung die Freiheit bei Geschäftsabschluß gegenüber dem Inhalt des Geschäftes hat.

23 lo Der Vertrag als Mittel zur Herbeiführung der "richtigen" Regelung und zur Entfaltung der Persönlichkeit.

Die Bedeutung der Freiheit der Partner bei Geschäftsabschluß ergibt sich möglicherweise aus dem Sinn der Privatautonomie (Vertragsfreiheit). Privatautonomie ist die dem einzelnen Rechtssubjekt durch die Rechtsordnung verliehene Befugnis, seinen Lebensbereich durch Rechtsgeschäfte zu gestalten [1]. Rechtsgeschäfte regeln Rechtsverhältnisse und betreffen somit immer auch Rechte und Pflichten anderer. Eine rechtsgeschäftliche Auferlegung von nachteiligen Rechtsfolgen auf andere ist jedoch abgesehen von Sonderfällen nur mit Zustimmung des Betroffenen, vor allem im Vertrag, möglich. Die herkömmliche Meinung neigt dazu, die in diesem Falle eintretende Einwirkung auf die Rechtspositionen der Vertragspartner in den Grenzen der Privatautonomie allein damit zu rechtfertigen, daß diese die Auferlegung der Pflicht wollen [2].

Die Gegenmeinung wird von Schmidt-Rimpler [3] unter vielfacher Zustimmung [4] vertreten. Nach seiner An-

1) Lukes, Gedanken zur ... S. 48o; Ludwig Enneccerus-Hans Carl Nipperdey; Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches 15. Auflage Tübingen 1959 § 49 I S. 299.
2) vgl. Flume S. 141.
3) Walter Schmidt-Rimpler, Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts; in: Archiv für die civilistische Praxis Bd. 147 S. 13o-197; Walter Schmidt-Rimpler, Zum Problem der Geschäftsgrundlage; in: Festschrift für Nipperdey München und Berlin 1955 S. 1-3o; S. 4/5.
4) Arwed Blomeyer, Fortschritte der modernen Schuldrechtsdogmatik; in: Archiv für die Civilistische Praxis 154 Bd. S. 527-544; S. 529; Karl Larenz; Lehrbuch des Schuldrechts 1. Bd. Allgem. Teil 3. Auflage München und Berlin 1958 S. 36; Reinhardt S. 116; ähnliche schon Karl Larenz, Vertrag und Unrecht Hamburg 19636 S. 31 ff; vgl. noch Mestmäcker, Über die normative Kraft... S. 441.

sicht ist Sinn des Vertrages" nicht Willensherrschaft..., sondern der Vertrag ist ein Mechanismus, um ohne hoheitliche Gestaltung in begrenztem Rahmen eine richtige Regelung ... herbeizuführen ..." [1]. Dabei ist unter Richtigkeit Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit, alles zur Verwirklichung eines gesunden Gemeinschaftslebens Erforderliche, zu verstehen [2]; dazu gehört insbesondere auch das, was der gesamtwirtschaftlichen Zielsetzung dient [3], z.B. eine möglichst gute Versorgung der Bevölkerung [4].

Schmidt-Rimpler sieht für den Normalfall des privatrechtlichen Vertrages eine annähernde Richtigkeitsgewähr der hervorgebrachten Regelung durch die gegenseitige Einwirkung der Vertragspartner aufeinander verbürgt, weil sich Vor- und Nachteile auf beiden Seiten gegenüberstehen [5] (vorausgesetzt insbesondere daß die eine Partei nicht von der anderen abhängig ist [6]). Diese Richtigkeitsgewähr sei zwar eine sehr begrenzte, jedoch abgesehen von Sonderfällen [7] biete der Vertrag eine bessere Richtigkeitsgewähr als die hoheitliche Gestaltung [8], die die einzige Alternative darstellen würde [9].

Die Meinung Schmidt-Rimplers wird in der Literatur z.T. abgelehnt, vor allem weil die Willensherrschaft nicht als Wert an sich betrachtet werde [10]. Den für die Klärung des Meinungsstreites wohl entscheidenden Punkt stellt der Begriff der "Richtigkeit" dar,

---

1) Schmidt-Rimpler S. 156.
2) Schmidt-Rimpler S. 132.
3) Schmidt-Rimpler S. 133 Anm. 3.
4) Schmidt-Rimpler S. 133 Anm. 3.
5) Schmidt-Rimpler S. 152 unten.
6) Schmidt-Rimpler Anm. 34 S. 157 (158) Nr. 1
7) Schmidt-Rimpler S. 157 unten u. Anm. 34.
8) Schmidt-Rimpler S. 169.
9) Schmidt-Rimpler S. 165.
10) Flume S. 143; Raiser, Vertragsfunktion ... S. 119.

dessen Vieldeutigkeit auch von Raiser gegen Schmidt-Rimpler ins Feld geführt wird [1].

Daß das Problem der Privatautonomie ein Problem der Ordnung ist [2], wird allgemein anerkannt; denn alles Recht hat die Aufgabe, das menschliche Leben zu ordnen [3]. Daß diese Ordnung nach Wertvorstellungen zu erfolgen hat und daran gemessen richtig sein muß, ergibt sich aus dem Begriff der Ordnung [4]. Das Problem ist jedoch das Ziel der Ordnung, nämlich welche Werte anzustreben sind.

Als Ziel allen staatlichen Handelns kann man ganz allgemein die Verwirklichung des Gemeinwohls bezeichnen [5]. Darunter ist nach der Wolff'schen Definition der Inbegriff aller objektiv vorzugswürdigen Gemeininteressen [6] zu verstehen. Rechnet man zu diesen Gemeininteressen die nach ihrer Bedeutung in der Gemeinschaft bewerten Privatinteressen [7], so steht auch die staatliche Privatrechtsordnung unter der Gemeinwohlforderung [8]. Die Verwirklichung der "richtigen" Regelung kann daher als eine Aufgabe des Instituts der Vertragsfreiheit nicht grundsätzlich abgelehnt werden.

Wenn die Verwirklichung des Gemeinwohls die Wahrnehmung aller vorzugswürdigen Interessen bedeutet, so bedarf es einer besonderen Begründung dafür, daß die Sanktionierung von Verträgen im Privatrecht, soweit sie erfolgt, keiner anderen Rechtfertigung

---

1) Raiser, Vertragsfunktion ... S. 118.
2) Schmidt-Rimpler S. 138.
3) Raiser, Vertragsfunktion ... S. 104,105; ähnlich Karl Larenz, Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung 2. Auflage München und Berlin 1957 S. 162.
4) Schmidt-Rimpler S. 138.
5) Wolff § 29 vor I.
6) Wolff § 29 III a 3.
7) Wolff § 29 III a 3, (B 1,3).
8) Diese Bindung des Staates bei der Privatrechtsordnung, so vor allem bei der Sanktionierung von Rechtsgeschäften, bedeutet noch keine unmittelbare Bindung der Privatrechtssubjekte selbst an die Grundsätze staatlichen Handelns, insbesondere die Grundrechte.

bedürfe, als daß der Einzelne die Rechtsfolge wolle,[1] und daß daher der Vertrag einer weiteren Beurteilung danach, ob er "richtig" sei, unzugänglich sei[2].

Eine Begründung für die alleinige Rechtfertigung des sanktionierten Vertrages in dem Willen der Partner ergibt sich möglicherweise mittelbar aus dem Gedanken der Rechtssicherheit, der auch von Schmidt-Rimpler als ein "technischer Richtigkeitsgedanke" neben den "sachlichen Richtigkeitsgedanken" anerkannt ist[3]. Wegen der Rechtssicherheit bestimmt nämlich der Gesetzgeber autoritativ das maßgebliche öffentliche Interesse[4].
Als maßgebliches öffentliches Interesse bei der Sanktionierung der Verträge könnte nun z.B. der liberale Gesetzgeber des BGB die Verwirklichung des Willens der Partner angesehen haben und daher, soweit die Sanktionierung erfolgt, alle anderen Interessen als nicht vorzugswürdig ausgeschlossen haben. Die herkömmliche Theorie von der Privatautonomie ließe sich also unter Richtigkeitsgesichtspunkten rechtfertigen.

Immerhin würde sich aber bei diesem Ergebnis aus der Tatsache, daß nicht in jedem Falle eine Sanktionierung erfolgt, ergeben, daß die Verwirklichung des Parteiwillens nur ein Interesse ist, das in der Abwägung mit anderen Interessen, wie z.B. der Vertragsgerechtigkeit, steht. Die Durchsetzung des Parteiwillens wäre also, wie sich an den Fällen der Nichtsanktionierung der Willenseinigung wie z.B. in § 138 BGB erweist, nicht bei jedem Vertrag vorzugswürdig.

Wenn Schmidt-Rimpler jedoch sagt, Sinn des Vertrages sei nicht Willensherrschaft, so sieht er die Verwirklichung des Willens der Partner eben nicht als das maßgebliche öffentliche Interesse an[5]. Für ihn ist die den Partnern beim Vertragsschluß belassene Freiheit nur ein Mittel der Rechtsordnung zur Durchsetzung anderer Interessen wie z.B. möglichst guter Versorgung der Bevölkerung[6]. Diese Deutung mag für die Auslegung des BGB als unerheblich erscheinen, "spätestens" im Wirtschaftsrecht erweist sich jedoch die Betrachtung der Vertragsfreiheit unter "sachlichen"[7] Richtigkeitsgesichtspunkten als notwendig.

---

1) siehe oben Seite 14 ; Flume S. 141
2) Flume S. 143.
3) Schmidt-Rimpler S. 133/34; vgl. Wolff § 3o I a.
4) siehe oben S. 2 ; Wolff § 3o I a; § 29 IV a; vgl. Schmidt-Rimpler S. 134 oben.
5) Fikentscher (S. 213) lehnt ebenfalls den Schutz der gewerblichen Betätigung als formalen Schutz des Handels ab. Der Schutz habe nur dann einen Sinn, wenn damit die Vorstellung eines wirtschaftlichen Erfolges verbunden sei.
6) Schmidt-Rimpler S. 133 Anm. 3
7) Schmidt-Rimpler S. 133/34; vgl. Wolff § 3o I a.

Daß die Vertragsfreiheit auch unabhängig vom Inhalt des Vertrages, also unabhängig von der durch den Vertrag getroffenen "richtigen" oder "nicht richtigen" Regelung, einen Sinn hat, kann insbesondere wegen der Wertbestimmungen in den Artikeln 1 I und 2 I des Grundgesetzes nicht (mehr) abgestritten werden.

Nur sollte man in dem "Recht auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit" (Art. 2 I GG) nicht einfach das Recht, alles Beliebige tun und lassen zu dürfen, sehen - das wäre die sinnentleerte Forderung der Altliberalen - sondern man muß wegen des Zusammenhanges von Art. 2 I GG mit dem Grundsatz der Wahrung der Menschenwürde (Art. 1 I GG) [1] die Selbstbestimmung als Mittel zur Erreichung eines "letzten Wertes", nämlich zur Entwicklung menschlicher Qualitäten, zur seelisch-geistigen "Entfaltung der Persönlichkeit" (Artikel 2 I GG) betrachten [2]. Die Vertragsfreiheit bedeutet in diesem Sinne Bewährung des Menschen in der Entscheidung. Diesen Wert der Selbstverantwortung verkennt auch Schmidt-Rimpler nicht [3].

Der Entfaltung der Persönlichkeit kommt ein eindeutiger Vorrang vor wirtschaftlichen Belangen zu. Wenn man aber die Willensherrschaft in diesem Sinne nicht als Endziel, sondern als Mittel zur Persönlichkeitsentfaltung auffaßt, kann man ohne Antastung des selbständigen Wertes der Selbstbestimmung zugleich die Frage nach der sonstigen Funktion des Vertrages erörtern [4].

Daß es zur Rechtfertigung des Instituts der Privatautonomie auf die Gewähr der Richtigkeit der zu regelnden Lebensverhältnisse auch ankommt, ergibt sich vor allem aus den allgemeinen Grenzen der Ver-

---

1) v. Mangoldt-Klein S. 163/64.
2) vgl. Karl Larenz, Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung 2. Auflage München 1957 S. 16o/61; vgl. v. Mangoldt-Klein S. 165/172.
3) Schmidt-Rimpler S. 17o.
4) ebenso Mestmäcker, Über die normative Kraft... S. 443 links Mitte; anders Flume S. 143; Flume S. 141; "stat pro ratione voluntas".

tragsfreiheit. Denn in Fällen grober "Unrichtigkeit" werden auch andere Interessen vor allem über die §§ 134 und 138 BGB bei der staatlichen Sanktionierung von Verträgen maßgeblich. Von einer gewissen Grenze an überwiegen andere Interessen das Interesse an der Selbstbestimmung. Die Tatsache jedoch, daß es sich dabei um Ausnahmefälle handelt, weist auf eine annähernde Richtigkeitsgewähr des Vertrages im Regelfalle hin. Ohne diese Richtigkeitsgewähr könnte die Selbstbestimmung im obigen Sinne nicht einen so weiten Raum bei der Vertragsfreiheit beanspruchen.

Eine Bestätigung der Gedanken Schmidt-Rimplers ist die Allgemeinverbindlichkeitserklärung von Tarifverträgen (§ 5 TVG). Die Regelung des Tarifvertrages gilt bei den nicht am Abschluß Beteiligten ja gerade nicht deshalb, weil diese sie wollen, sondern vor allem, weil der Tarifvertrag unter gewissen Voraussetzungen eine annähernde Richtigkeitsgewähr bietet.

Der Vertrag ist also auch ein Mittel zur "richtigen Regelung", wobei allerdings die Bestimmung des "Richtigen", ebenso wie z.B. in der entsprechenden das Gemeinwohl betreffenden Generalklausel des BGB, § 138, zunächst noch offenbleiben soll [1]. Auch braucht an dieser Stelle noch nicht dargelegt zu werden, wann und wie der Vertrags"mechanismus" die "richtige" Regelung herbeiführt. Schmidt-Rimpler [2] jedenfalls sieht den Zusammenhang zu einfach, wenn er schon der gegenseitigen Einwirkung zweier Vertragspartner aufeinander für den Regelfall eine Richtigkeitsgewähr zutraut [3].

> Die Bedeutung des freien Vertrages als Mittel zur "richtigen" Regelung zeigt sich nicht nur bei der Bestimmung des Austauschverhältnisses, sondern auch bei der Herausbildung einer optimalen Gütervielfalt, woran es bei der hoheitlichen Güterverteilung insbesondere fehlen würde [4]. Einen Hinweis auf diese Bedeutung

1) siehe unten Seite 34ff, 180ff
2) Schmidt-Rimpler S. 152.
3) Raiser S. 118; siehe unten Seite 21/22, 142
4) Zu der sich bei freiem Qualitätswettbewerb ergebenden Produktdifferenzierung Abbott S. 206-209.

der Freiheit des Vertragsschlusses hatte ja schon die Tatsache ergeben, daß die Freiheit der Konsumwahl selbst bei hoheitlicher Preisfestsetzung eine Nutzenmaximierung für den Einzelnen ermöglicht [1].

23 2o Die Erhaltung der Selbstverantwortung des Konsumenten bei der Preisbildung unter dem Druck eines Monopols.

Die Auswirkungen des Monopols bei der Preisbildung sind nun getrennt nach den Wirkungen auf den einzelnen Austauschvertrag als Mittel zur "richtigen" Gestaltung der Lebensverhältnisse und als Mittel zur Entfaltung der Persönlichkeit der Partner zu betrachten.

Unter dem Gesichtspunkt der Entfaltung der Persönlichkeitswerte erweist sich, daß die Selbstbestimmung immer gegeben ist, solange die Person überhaupt vor die Entscheidung gestellt ist, also ihre Entscheidung nicht durch Hoheitsakt ersetzt wird. Ohne bei dieser Frage schon der genaueren Darstellung der Preisbildung bei den verschiedenen Marktformen [2] vorzugreifen, kann man sagen, daß der Preis mehr oder weniger von den Entscheidungen der Verkäufer und Käufer bestimmt ist.

Daß der Preis dabei nicht durch gegenseitiges Aushandeln im Einzelfall wie im orientalischen Basar bestimmt wird, zeigt sich sogar an dem Fall der atomistischen Konkurrenz zwischen Anbietern. Auch hier muß der Konsument den Marktpreis hinnehmen, wirkt aber mittelbar über die Nachfrage zu einem gewissen Teil an der Preisbildung mit. Ähnlich ist es sogar beim Monopolmarkt; der Monopolist muß bei der Bestimmung des für ihn günstigsten Preises die Nachfragekurven aller Abnehmer, die allein von deren Entscheidungen bestimmt sind, in die Überlegung einbeziehen.

Für die Frage der Selbstbestimmung im Interesse der Entfaltung der Persönlichkeit kommt es dabei nicht darauf an, in welchem Umfange und mit welchem materiellen Erfolg der Konsument sich an der

---

1) siehe oben Seite 12
2) siehe unten Seite 49f

Preisbildung beteiligt, sondern daß er durch seine Entscheidung daran mitwirkt [1]. Eine Auswirkung des Monopols auf die Selbstbestimmung und damit die Entfaltung der Persönlichkeit ist daher bei der Preisbildung nicht vorhanden.

23 30 Die Freiheit der Konsumenten bei Vertragsschluß als Erscheinung der Markt s t r u k t u r.

Als weitere mögliche Auswirkung der Preisgestaltung eines Monopolisten bleibt die Wirkung auf den einzelnen Vertrag als Mittel zur "richtigen" Regelung. Damit wird Schmidt-Rimplers Theorie sehr bedeutsam für die Monopoltheorie. Betrachtet man den Vertrag als Mittel zur "Richtigkeit", so ist auch die mehr oder weniger große Freiheit der Partner bei Vertragsschluß nur unter dem Gesichtspunkt der Wirkung auf die "richtige" Regelung von Interesse.
Wird nun nach dem Monopolmißbrauch beim konkreten Einzelgeschäft gefragt, so interessiert nur noch der Inhalt dieses Geschäftes, nämlich die Frage nach der "richtigen" Regelung, nicht, wie diese zustandegekommen ist. Der Monopolmißbrauch bei den Einzelrechtsgeschäften ist daher nicht nach einem Maß der Freiheitsbeeinträchtigung zu quantifizieren; sie kommt vielmehr nur als Ursache für den Mißbrauch in Frage.
Ob der Konsument mehr oder weniger vom Monopolisten abhängig ist, ist daher nur eine Frage nach der Marktstruktur [2], ob der "Mechanismus" des Vertrages, nur ein Mittel zum eigentlichen Ziel der "Richtigkeit", noch funktioniert, ob also die Marktstruktur noch eine Richtigkeitsgewähr bietet.

Das Funktionieren des Vertragsmechanismus ist heute, da der Gütertausch ein Massenphänomen ist [3] und die Preise nicht mehr im Einzelfall ausgehandelt werden, nicht einmal mehr, wie Schmidt-Rimpler es wohl meint [4], nach der gegenseitigen Abhängigkeit

1) vgl. Raiser, Vertragsfunktion... S. 123: "Entscheidend ist... das Erfordernis der selbstgeschaffenen, nicht auferlegten Ordnung".
2) Zur Nachfrageelastizität als Freiheitsmaß und Monopolmaß für § 22 I GWB siehe unten S.16o,14o.
3) Mestmäcker, Über die normative Kraft...S. 441/42.
4) Schmidt-Rimpler S. 157 Anm. 34,152.

der einzelnen Partner beim einzelnen Rechtsgeschäft zu beurteilen. Vielmehr interessiert für die jeweilige Marktstruktur nur die "Freiheit" aller Nachfrager [1], soweit sie nicht zum Zwecke der Preisdifferenzierung in Gruppen isoliert sind [2].

Die Bekämpfung des Monopolmißbrauchs beim Einzelrechtsgeschäft dient also nicht dem Freiheitsschutz; der Freiheitsschutz hat jedoch in anderem Zusammenhang seine Bedeutung, nämlich dann, wenn man nicht wie bei § 22 IV GWB oder § 138 Abs. 1 BGB das einzelne Geschäft in einer "nachträglichen Korrektur der Resultate" [3] nach seiner "Richtigkeit" überprüfen muß, sondern im Wirtschaftsverfassungsrecht zur "Steuerung des Markt"mechanismus"" [4] den Schutz auf die Erhaltung von Marktstrukturen mit Richtigkeitsgewähr [5] [6] vorverlegen will. Als derartige dem Freiheitsschutz dienende Vorschriften kann man z.B. die gegen Fusionen gerichteten §§ 23 und 24 GWB ansehen, welche allerdings völlig unzureichend sind.

23 4o Der Monopolmißbrauch als Abweichung von der "richtigen" Regelung des Geschäftsinhaltes.

Nach dem Bisherigen ergibt sich, daß der Monopolmißbrauch selbst nicht nach der Beeinträchtigung der Freiheit der Vertragspartner beim Aushandeln des Vertrages zu bestimmen ist. Die Auswirkung des Monopols und damit der Monopolmißbrauch sind vielmehr als Abweichungen der Geschäftsinhalte von der "richtigen" Regelung zu erfassen. Dasselbe

1) Zur Nachfrageelastizität als Freiheitsmaß und Monopolmaß für § 22 I GWB siehe unten Seite 16o,14o
2) siehe unten Seite 143.
3) Seidenfus, Verkehrsmärkte S. 28.
4) Seidenfus, Verkehrsmärkte S. 28.
5) Mestmäcker, Über die normative Kraft... S. 443 links unten, rechts oben; Reinhardt S. 125.
6) Als einen solchen Fall der Schaffung freier, d.h. ausgewogener Marktstrukturen kann man übrigens sogar eine Konzentrationsmaßnahme wie z.B. die Verleihung der Tarifautonomie an die Sozialpartner zur Bildung gegengewichtiger Marktmacht (Galbraith, siehe unten Seite 13o Anm. 1) ansehen.

Ergebnis klingt kurz bei Bartholomeyczik [1] an; er stellt beim Monopolmißbrauch bei Geschäftsbedingungen [2] darauf ab, ob die Vereinbarung "richtig" ist.

Das eigentliche ökonomische Problem dieser Untersuchung besteht nun darin, die "richtige" Regelung und den Umfang der Abweichung davon festzustellen. Das ist nur dann im Einklang mit dem Erfordernis der Rechtssicherheit möglich, wenn auch beim Monopolmißbrauch, wie eingangs hervorgehoben, das oder die wenigen für die Feststellung des Mißbrauchs maßgeblichen öffentlichen Interessen herauszuschälen sind.

---

1) Bartholomeyczik im Gemeinschaftskommentar § 22 Anm. 1o2.
2) dazu genauer siehe unten Seite 180ff

23 5o Anhang zum dritten Unterabschnitt:
Der strafrechtliche Freiheitsschutz in Vermögensangelegenheiten als Mittel zur Verhinderung von Abweichungen von der "richtigen" Regelung.

Daß die Handlungsfreiheit, von der die Vertragsfreiheit ein Ausschnitt ist - abgesehen von dem Ziel der Entfaltung der Persönlichkeit in der Selbstbestimmung - vor allem als ein Mittel zur "richtigen" Regelung der Lebensverhältnisse anzusehen ist, zeigt sich am Freiheitsschutz im Strafrecht. Im Folgenden sollen daher die Tatbestände der Nötigung (§ 24o StGB) und der Erpressung (§ 253 StGB), des Wuchers (§§ 3o2 a ff StGB) und der Preisüberhöhung (§ 2a Wirtschaftsstrafgesetz) im Zusammenhang betrachtet werden.

23 51 Die Widerrechtlichkeit der Nötigung und die Wirkung der Drohung auf die "richtige" Regelung.

Solange nach der bis 1943 geltenden Fassung des § 24o StGB für die Nötigung Gewalt oder Bedrohung mit einem Verbrechen oder Vergehen - zur Erfüllung des Tatbestandes notwendig und ausreichend war, war man geneigt, eine Freiheitsbeeinträchtigung ohne besondere Beachtung des abgenötigten Verhaltens zu beurteilen. Seit der Neufassung des § 24o StGB durch Verordnung vom 29.5.1943 reicht jedoch eine Nötigung durch Drohung mit jedem empfindlichen Übel aus; die Anwendung der Gewalt bzw. die Androhung des Übels muß allerdings zu dem angestrebten Zweck als verwerflich anzusehen sein (§ 24o II StGB). Entsprechendes hatte schon die Auslegung des Begriffes der widerrechtlichen Drohung in § 123 BGB ergeben [1].

Mit der Einführung dieses zweiten Absatzes wurde klar, daß, wie Maurach sagt, Druck auf die Willensbildung nicht ausnahmsweise erlaubt sondern ausnahmsweise verboten ist [2]. Denn nach der Neufassung des Gesetzes erfordert eine Verurteilung nach § 24o StGB eine zusätzliche Wertung des Richters nach der sog. Zwecktheorie, nach der "nicht die Mißbilligung der Rechtsordnung finden kann, was rechtes Mittel zum rechten Zweck ist" [3].

Diese "Einschränkung" des Freiheitsschutzes ließe sich zunächst noch unter dem Gedanken der Güterabwägung zwischen der Freiheit und anderen Rechtsgütern erklären. An der Anwendung

1) BGHZ 2,287/296; Heinrich Lehmann, Allg. Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches 14. Auflage Berlin 1963 S. 258 § 34 IV 2 c.
2) Maurach S. 96 § 12 II 3.
3) Horst Schröder Anmerkung zu BGH JZ 64,29 in Juristenzeitung 1964 S. 3o/31; S. 31.

des § 24o II StGB im einzelnen läßt sich jedoch zeigen, daß der Freiheitsschutz letzten Endes um der "richtigen" Regelung [1] willen besteht.

Man nimmt Verwerflichkeit der Gewaltanwendung bzw. Drohung im Sinne von § 24o II StGB dann an, wenn entweder der angestrebte Erfolg widerrechtlich ist oder wenn das angekündigte Übel, das Drohungsmittel [2], oder die Verknüpfung von Mittel und Zweck widerrechtlich ist [3]. Daß jede Drohung zu einem widerrechtlichen Erfolg als verwerflich zu bestrafen ist, entspricht der hier vertretenen Ansicht. Daß jedoch auch Drohungen zu einem zu billigenden Erfolg verwerflich sein können, das scheint gegen die Ansicht von Schmidt-Rimpler zu sprechen.

Zunächst scheint sich gerade auch beim Fall der Drohung mit einem an sich verwerflichen Mittel zu ergeben, daß es vielmehr auf den Schutz der Freiheit um ihrer selbst willen ankommt. Hiergegen tauchen jedoch Zweifel auf, wenn man bedenkt, daß es nur auf die Widerrechtlichkeit des - für sich betrachteten - angekündigten Übels und nicht auf die - wohl kaum meßbare - Intensität des Druckes ankommt. Letztere Tatsache legt den Gedanken nahe, die Nötigung mit einem verwerflichen Mittel als einen Sonderfall der Nötigung anzusehen, die wegen der Verwerflichkeit der Verknüpfung von Mittel und Erfolg widerrechtlich ist. Bei diesem Fall der Nötigung kommt es nämlich ebenfalls nicht auf die Intensität der Drohung an.

Stattdessen ist zu prüfen, ob zwischen Drohungsmittel und angestrebtem Erfolg ein Mißverhältnis bzw. ein nicht sachgerechter Zusammenhang besteht [4]. Daraus aber ergibt sich, daß es nur um die Verhinderung einer unsachlichen Motivierung der Entscheidung des Genötigten geht, daß also die Freiheit nicht um ihrer selbst willen geschützt wird, sondern nur dann, wenn eine Entscheidung auf unsachliche Weise herbeigeführt werden soll.

Diese Interpretation kann jedoch nur dann für die Nötigung als einheitlichen Tatbestand Richtigkeit beanspruchen, wenn sie auch für den Fall der Nötigung mit einem an sich verwerflichen Drohungsmittel gilt. Das ist der Fall.

---

1) Eine Beeinträchtigung des Wertes der Selbstbestimmung als Mittel zur Entfaltung der Persönlichkeit (siehe oben Seite 18) findet bei einer Nötigung durch Drohung nicht statt, da die bedrohte Person immer noch vor die Entscheidung gestellt ist (siehe oben Seite 20/21); anders bei vis absoluta.
2) Entsprechendes gilt für Gewaltanwendung.
3) Schönke-Schröder § 24o Anm. 15a; BGHZ 2,287/296 für § 123 BGB.
4) Maurach S. 1o6 § 14 II A.

Denn die Drohung mit einem verwerflichen Mittel kann man wirklich als einen Unterfall der sachwidrigen Verknüpfung von Drohungsmittel und Erfolg ansehen; denn auch in diesem Fall ist - typischerweise - eine unsachliche Motivierung der Entscheidung anzunehmen.

Es ist somit möglich, den strafrechtlichen Freiheitsschutz in § 240 StGB als Schutz der Freiheit als Mittel zur Herbeiführung einer "richtigen" Regelung aufzufassen, und zwar als einen zweifachen Schutz, einmal als Schutz vor einer Willensbeugung, die im Ergebnis zu einem "unrichtigen" Ziel führt, zum anderen als Schutz vor einem Druck, der zu einer unsachlichen Motivierung führt [1].

Zu diesem Ergebnis steht nicht die Tatsache im Widerspruch, daß man bei einigen vor allem sogenannten höchstpersönlichen Entscheidungen in der Regel Druckanwendung an sich schon für verwerflich hält und daß man bei "übermäßiger" Druckanwendung regelmäßig ein widerrechtliches Zwangsmittel annimmt. Bei höchstpersönlichen Entscheidungen bietet nämlich meist nur die freie persönliche Entscheidung Richtigkeitsgewähr, es läßt sich daher kaum sagen, die Nötigung führe zu einem "richtigen" Ziel.

Bei übermäßigem Druck wird der Beitrag, den die selbständige Entscheidung zu einer "richtigen" Regelung zu leisten vermag, völlig ausgeschaltet; grundsätzlich ist jedoch der persönlichen Entscheidung gegenüber der fremden, insbesondere auch der hoheitlichen Regelung die größere Richtigkeitsgewähr zuzutrauen [2]. Bei übermäßigem Druck mag außerdem - wie bei vis absoluta - die Bewährung der Persönlichkeit in der Entscheidung, also die Entfaltung der Persönlichkeit, behindert sein.

Diese beiden Grenzfälle zu § 240 II StGB, vor allem die Nötigung bei höchstpersönlichen Entscheidungen, dürften für die wirtschaftliche Druckausübung bei Preisforderungen eines Monopolisten nicht in Frage kommen [3]. Daher müßte die hier im Anschluß an Schmidt-Rimpler vertretene Meinung zu § 240 II StGB ohne Einschränkung für den Monopolmißbrauch durch Preisüberhöhung gelten. Voraussetzung ist, daß der Monopolmißbrauch sich überhaupt unter den Tatbestand der Nötigung subsumieren läßt.

1) Gleiches gilt für die "widerrechtliche Drohung" in § 123 BGB.
2) vgl. oben Seite 15 und Schmidt-Rimpler S. 169.
3) Boykott und sonstige Fälle des Kampfes unter den Wettbewerbern selbst seien hier ausgenommen.

23 52 Der Wucher als Spezialfall von Nötigung und Erpressung.

Die Subsumtion des Monopolmißbrauchs unter § 24o II StGB soll zunächst für den Fall des Wuchers (unter Ausbeutung der Notlage) unternommen werden. Dabei soll entsprechend der Regelung in § 138 Abs. 2 BGB die Beschränkung auf Kreditgeschäfte in § 3o2 a-d StGB bzw. auf gewerbs- oder gewohnheitsmäßige Nichtkreditgeschäfte in § 3o2 e StGB außer acht gelassen werden. Außerdem wird der Wucher unter Ausbeutung von Leichtsinn und Unerfahrenheit nicht behandelt, da er nicht auf Druck beruht.

Schließlich soll der Wucher als Vermögensschädigungsdelikt nicht unter den Tatbestand des § 24o StGB, sondern unter den Spezialtatbestand der Erpressung (§ 253 StGB) subsumiert werden, der sich nur durch die vermögensschädigende Verfügung des Erpressten als dem Nötigungserfolg und durch die Absicht der unrechtmäßigen Bereicherung von der Nötigung unterscheidet.

Es ist also festzustellen, ob derjenige, der sich in einem Rechtsgeschäft unter Ausbeutung der Notlage eines anderen Vermögensvorteile gewähren läßt[1]) welche nach den Umständen in auffälligem Mißverhältnis zur selbst erbrachten Leistung stehen (nach § 3o2 e StGB und § 138 II BGB), ob dieser rechtswidrig im Sinne von § 24o II StGB (bzw. § 253 II StGB) durch Drohung mit einem empfindlichen Übel einen anderen zu einer Vermögensverfügung mit einem Vermögensschaden nötigt, um sich zu Unrecht zu bereichern (nach § 253 StGB).

Eine Absicht, sich zu Unrecht zu bereichern, ist deshalb vorhanden, weil ein auffälliges Mißverhältnis von Leistung und Gegenleistung besteht und wegen der Nichtigkeit des Geschäfts nach § 138 II BGB kein Anspruch auf den Vermögensvorteil besteht. Die Vermögensverfügung liegt in der Gewährung des Vermögensvorteils, der Vermögensschaden im Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung.

Schwierigkeiten treten jedoch bei der Frage auf, ob der Bewucherte zu der Vermögensverfügung durch eine rechtswidrige Drohung mit einem empfindlichen Übel veranlaßt wurde. Indem sich der Wucherer den Vermögensvorteil gewähren läßt, droht er zugleich; das heißt: er kündigt stillschweigend einen von seinem Willen abhängigen Nachteil an [2], nämlich den Nichtabschluß des Rechtsgeschäftes. Das angedrohte Übel

1) ausgelassen: wer sich "versprechen läßt"; dann nur Versuch der Erpressung denkbar.
2) Schöncke-Schröder Vorbem. 21 vor § 234.

ist ein empfindliches, da wegen der Notlage des Bewucherten eine erhebliche Einbuße an Werten zu erwarten ist und dieser Verlust auch einen besonnenen Menschen zum Geschäftsabschluß bestimmen könnte [1]. Die Drohung mit einem empfindlichen Übel liegt hiernach also beim Wucherer vor.

Nach einer verbreiteten Meinung reicht die Drohung mit einem Unterlassen - hier die Drohung mit dem Nichtabschluß des Geschäftes - nur dann für § 240 StGB aus, wenn eine Rechtspflicht zum Handeln im Sinne einer Garantenpflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten besteht [2]. Diese Meinung wird von Schönke-Schröder abgelehnt [3]. Sie findet keine Begründung im Wortlaut des Gesetzes. Denn auch ein Unterlassen kann ein sehr empfindliches Übel sein [4].

Eine Parallele zu den unechten Unterlassungsdelikten besteht bei der Drohung mit einem Unterlassen nicht, da bei der Drohung mit Unterlassen ebenfalls durch positives Tun [5] auf die Willensbildung eingewirkt wird, also ein Bedürfnis zur Eingrenzung der unter Strafdrohung stehenden Handlungspflichten nicht besteht. Ob die Drohung mit einem Unterlassen zur Strafbarkeit führt, ist also kein Problem des Tatbestandsmerkmals "empfindliches Übel", sondern bei § 240 Abs. 2 bzw. 253 Abs. 2 StGB zu untersuchen.

Als Problem bleibt nur noch, ob die Drohung mit dem Nichtabschluß beim Wucher bzw. mit Unterlassen überhaupt rechtswidrig im Sinne der gleichlautenden §§ 253 II bzw. 240 II StGB ist. Das es bei der Nötigung ganz allgemein auf diese Rechtswidrigkeitsprüfung und nicht auf das Maß der Freiheitsbeeinträchtigung ankommt, zeigt sich besonders deutlich an dieser Subsumtion des Wuchers unter § 253 StGB. Denn die Drohung mit dem Nichtabschluß wäre gleich stark, wenn der "Wucherer" von der von ihm abhängigen Person statt des überhöhten einen angemessenen Preis verlangte.

---

1) Schönke-Schröder § 240 Anm. 9 und 22.
2) BGH Goltdammers Archiv 1960 S. 277/78; RGSt 14,264/65; und 63,424/25 ~~Anm. 9.~~
3) Schönke-Schröder, § 240 Anm. 9.
4) So ist es für die Drohungswirkung z.B. gleich, ob jemand durch Drohung mit Nichtabschluß oder ob jemand nach Vertragsschluß bei vereinbartem Rücktrittsrecht durch Drohung mit dem Rücktritt einen günstigen Preis heraushandeln will.
5) Evtl. kann eine Drohung durch Unterlassen als unechtes Unterlassungsdelikt vorliegen.

Die Widerrechtlichkeit der Nötigung durch den Wucherer bestimmt sich nach der Verwerflichkeit von Drohungsziel oder Drohungsmittel oder deren Verknüpfung. Beim § 24o StGB alter Fassung lag das Gewicht bei dem für sich beurteilten Drohungsmittel. Wenn man das Drohungsmittel für sich betrachtet, muß man allerdings der Meinung Recht geben, nach der zur Erfüllung des Tatbestandes der Nötigung bei Drohung mit einem Unterlassen eine Rechtspflicht erforderlich ist. Denn eine Unterlassung als Drohungsmittel ist für sich betrachtet nur widerrechtlich, wenn eine Rechtspflicht zum Handeln besteht.

Soweit jedoch keine Handlungspflicht besteht, kann sich (allgemein bei der Nötigung) die Rechtswidrigkeit der Drohung mit einem Unterlassen noch aus der Widerrechtlichkeit des angestrebten Zieles oder aus der Unsachlichkeit der Verknüpfung von Drohung und Ziel ergeben. Das wird besonders klar, wenn man - nach der oben vertretenen Ansicht - das Gewicht auf das Nötigungsziel und nicht auf das Nötigungsmittel legt; die Herbeiführung unrichtiger Ergebnisse durch Druck und die unsachliche Motivierung einer Entscheidung durch Druck sind nämlich ebenso wie durch Drohung mit einem Tun auch durch Drohung mit Unterlassen möglich.

Das Drohungsmittel im (hier vorliegenden) Falle des Wuchers ist die Drohung mit dem Nichtabschluß des Geschäftes und zwar bei einer Person, die wegen ihrer Notlage besonders darauf angewiesen ist. Dieses Unterlassen ist als Drohungsmittel, für sich betrachtet, nur widerrechtlich, wenn eine Rechtspflicht zum Abschluß des Geschäftes bestand [1]. Ein Kontrahierungszwang zu angemessenem Preis besteht jedoch - weil dem Vertragsmechanismus in der Regel eine bessere Richtigkeitsgewähr innewohnt und eine Rechtsordnung außerdem immer weniger Handlungs- als Unterlassungspflichten aufstellen kann - nur unter bestimmten begrenzten Voraussetzungen wie bei Diskriminierung (§ 26 II GWB) oder bei dem Vorliegen einer Monopolstellung vor allem beim Verkauf von lebenswichtigen Gütern [2] [3]. Ein Kontrahierungszwang des Wucherers dürfte daher trotz der Notlage des Bewucherten in der Regel, nicht vorliegen; das soll jedoch zunächst nicht weiter verfolgt werden.

Man könnte jedoch an eine verwerfliche Verknüpfung von Drohungsmitteln und angestrebtem Erfolg denken, da der Wucherer durch die Drohung mit dem Nichtabschluß die Notlage des Partners

1) siehe oben Seite 28
2) siehe unten Seite 97
3) vgl. Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts 1.Bd. Allgem.Teil 3. Auflage München und Berlin 1958 S. 46.

ausbeutet . Zwar gibt die Notlage des Bewucherten der Drohung besonderen Nachdruck, und der Wucherer kann daher auch besonders scharfe Bedingungen fordern. Die Beachtung dessen würde jedoch eine Einbeziehung der Beurteilung des Nötigungserfolges und des Nötigungsmittels in die Betrachtung der Mittelzweckverknüpfung bedeuten. Die - für sich betrachtete - Verknüpfung der Drohung mit dem Nichtabschluß eines Geschäftes mit einer Preisforderung erweist sich jedoch als sachgerecht. Sie stellt sogar eine Erscheinung jedes Austauschgeschäftes dar.

Sicher liegt jedoch beim Wuchergeschäft ein widerrechtlicher Nötigungserfolg vor; er besteht in dem auffälligen Mißverhältnis von Leistung und Gegenleistung, das den in der Not befindlichen Bewucherten besonders schwer trifft [1]. Es soll auf die Schwierigkeiten zur Feststellung des Wertes von Leistung und Gegenleistung noch nicht eingegangen werden [2], das Gesetz jedenfalls hält ein solches Mißverhältnis für feststellbar.

Im Fordern der überhöhten Gegenleistung von einer in Not befindlichen Person liegt jedenfalls ein grober Verstoß gegen die Vertragsgerechtigkeit, ein Nötigungserfolg, der die Anwendung des Druckes verwerflich macht. Dieses für § 253 Abs. 2 StGB gewonnene Unwerturteil hat an anderer Stelle seinen gesetzlichen Ausdruck in der Nichtigerklärung von Wuchergeschäften in § 138 Abs. 2 BGB gefunden.

Das Tatbestandsmerkmal "verwerflich" in den §§ 24o II und 253 II StGB hat schließlich den Zweck, Bagatellfälle von Nötigungen auszuschließen [3]; darum handelt es sich beim Wucher jedoch nicht.

Somit ist der Wucher als ein Sonderfall von Nötigung und Erpressung anzusehen. Dieses Ergebnis ist eine Konsequenz aus der Einführung der neuen - offenen [4] - Nötigungs- und Erpressungstatbestände im Jahre 1943. In der Literatur fehlt bisher, soweit ersichtlich, jede Äußerung zu dieser Frage, da die überkommene Meinung, wohl noch von dem alten § 24o StGB ausgehend, nur bei Bestehen einer Rechtspflicht zum Handeln die Drohung mit einem Unterlassen als Nötigung ansieht.

Die praktischen Konsequenzen dieses Ergebnisses für das Strafrecht dürften nicht sehr weitreichend sein, da die §§ 3o2 a ff dem § 253 StGB wegen Spezialität vorgehen; auch werden

---

1) vgl. unten Seite 97 zu dem besonders hohen Nutzenschaden eines Minderbemittelten bei Preiserhöhung.
2) Dazu unten Seite 34
3) Horst Schröder, Anmerkung zu BGH JZ 64,29 in Juristenzeitung 1964 S. 3o/31; S. 31.
4) Maurach S. 1o5 § 14 II A.

wegen der starken gesetzlichen Eingrenzung der Wucherstraftatbestände in den §§ 3o2 a ff alle anderen "Erpressungen", bei denen die Verwerflichkeit der Drohung in dem Mißverhältnis von Leistung und Gegenleistung liegt, nicht nach § 253 StGB strafbar sein [1], zumal da die großen praktischen Schwierigkeiten in der Bewertung von Leistung und Gegenleistung eine Einschränkung der strafbaren Fälle erfordern.

Hier interessiert auch nur eine andere Erkenntnis, daß nämlich der Wucher ein Fall der Nötigung ist, daß sich aber trotzdem die Rechtswidrigkeit nicht aus der Druckanwendung selbst, sondern allein aus der überhöhten Gegenleistung, also aus der "Unrichtigkeit" des Geschäftsinhaltes ergibt.

Das fände auch dann eine Bestätigung, wenn man - entgegen der oben vertretenen Ansicht - neben dem Nötigungserfolg auch das Drohungsmittel, die Ankündigung des Nichtabschlusses des Geschäftes, als widerrechtlich oder zumindest die Verwerflichkeit der Druckausübung erhöhend ansehen wollte. Denn die Verwerflichkeit liegt ja nicht in der Drohung mit dem Nichtabschluß an sich - denn zum überhöhten Preis will der Wucherer ja abschließen - sondern in der Ankündigung, nicht zu einem angemessenen, also "richtigen" Preis abschließen zu wollen.

Daß der im Wucher liegende Machtmißbrauch nach der bewirkten Abweichung von der "richtigen" Regelung bemessen werden muß, steht auch nicht im Widerspruch zu dem besonderen Merkmal des Individualwuchers, daß die Forderung überhöhten Entgeltes unter Ausbeutung der Notlage eines anderen erfolgen muß. Das Merkmal "Ausbeutung der Notlage" dient nämlich beim Wucher nur zu der Einschränkung einer sonst schwer eingrenzbaren Strafbarkeit der Entgeltüberhöhung durch Druckanwendung; durch das besondere Tatbestandsmerkmal werden typisiert Fälle besonders schwerwiegender Widerrechtlichkeit des Nötigungserfolges erfaßt, in denen nämlich einmal die Überteuerung wegen der Not des "Erpreßten" [2] einen besonders schweren Schaden zur Folge hat [3] und andererseits der "Erpresser" diese Überteuerung - was in dem Merkmal "Ausbeutung" zum Ausdruck kommt [3] - zur Erzielung eines übermäßigen Gewinnes ausnutzt. Außerdem wird mit dem Merkmal "Ausbeutung der Notlage" noch ein besonderes Unrechtsmerkmal, nämlich die bewußte Ausnutzung der Not zur Gewinnerzielung, verlangt.

---

1) siehe aber unten Seite 32 f die Ausführungen zur Anwendung von § 2 a WStG.
2) siehe oben Seite 30 und Seite 94
3) Schönke-Schröder 7. Auflage § 3o2 a Anm. 14.

23 53 Das Delikt der Preisüberhöhung nach § 2 a Wirtschaftsstrafgesetz und Nötigung und Erpressung.

Einen Straftatbestand schließlich, der ohne das besondere Merkmal der Ausbeutung einer individuellen Notlage unangemessene Entgelte bekämpft, umschreibt § 2 a WStG (Preisüberhöhung). Danach ist das Aushandeln von infolge Mangellage, Wettbewerbsbeschränkungen und wirtschaftlichen Machtstellungen unangemessen hohen Preisen für lebenswichtige Güter [1] (und seit 1962 für Wohnungsvermietung) strafbar [2]. Hier knüpft das Gesetz die Strafbarkeit nur an den überhöhten Preis bei bestimmten Geschäften an, es wird nicht im Gesetz auf irgendeine Freiheitsbeeinträchtigung abgestellt.

Dennoch enthält § 2 a WStG Elemente des Nötigungs- bzw. Erpressungstatbestandes. Nur sind einige Tatbestandsmerkmale von § 240 bzw. § 253 StGB in einem quantitativ wohl nicht ausreichenden Maße vorhanden. Es wird auch hier mit einem Übel, nämlich dem Nichtabschluß des Geschäftes gedroht, der wegen der Mangellage usw. nachteilig ist. Ob das für die §§ 240 und 253 StGB erforderliche Maß der Empfindlichkeit des Übels erreicht wird, erscheint jedoch fraglich.

Eine vermögensschädigende Verfügung liegt wegen des unangemessenen Preises vor, ebenso die Absicht, sich zu Unrecht zu bereichern. Ob die Nötigung jedoch rechtswidrig im Sinne von § 253 II StGB ist, erscheint allerdings zunächst fraglich [3]. Ein widerrechtliches Nötigungsmittel ist mangels Kontrahierungszwang kaum anzunehmen, auch ist die Verknüpfung von Preisforderungen mit der Abschlußbereitschaft nicht sachwidrig. Widerrechtlich kann jedoch wie beim Wucherer der Nötigungserfolg sein, das Mißverhältnis von Leistung und Gegenleistung; ob jedoch eine allgemeine Preisüberhöhung (der sogenannte Sozialwucher) selbst bei "lebenswichtigen Gütern" als verwerflich anzusehen ist, ist fraglich.

Eine Subsumtion von § 2 a WStG unter § 253 StGB würde auch wie beim Wucher keine praktische Bedeutung haben. Es zeigt sich jedoch, daß eine Preisüberhöhung unter Ausnutzung einer Monopolstellung im Sinne von § 22 III GWB, die nach § 2 a WStG strafbar ist [4], auch bei der

1) dazu unten Seite 97
2) Außer beim sogen. Mietwucher ist nur die Preisüberhöhung durch Gewerbetreibende strafbar und außerdem nur mit Ermächtigung der zuständigen obersten Landesbehörde verfolgbar.
3) Der Frankfurter Kommentar (§ 22 Tz 45) bezeichnet jedoch den Monopolmißbrauch im Sinne von § 22 III GWB als sittenwidriges Verhalten im Sinne der §§ 138 I und 826 BGB.
4) wenn es sich um lebenswichtige Güter handelt; vgl. Ebisch Seite 73/74.

Subsumtion unter die Freiheitsschutztatbestände der §§ 240 und 253 StGB allenfalls nach der Widerrechtlichkeit des Geschäftsinhaltes, also nach dem Maß der Abweichung von der "richtigen" Regelung für strafwürdig erklärt werden kann.

Die Betrachtung der Tatbestände der Nötigung, der Erpressung, des Wuchers und der Preisüberhöhung bestätigt also die These Schmidt-Rimplers, wonach die Vertragsfreiheit ein Mechanismus zur Erreichung einer "richtigen" Regelung ist, und die Konsequenz daraus, daß nämlich der Monopolmißbrauch nicht nach der Freiheitsbeeinträchtigung, sondern nach dem Maß der Abweichung von der richtigen Regelung zu bewerten ist.

24 oo und 25 oo Die Quantifizierung des Monopolmißbrauchs (bei der Preisgestaltung) als Abweichung von der "richtigen" Regelung.

24 oo Der "r i c h t i g e" Preis.

Bezugsgegenstand für den Monopolmißbrauch ist also die "richtige" Regelung. Das Hauptgewicht dieser Untersuchung liegt zwar bei der Bestimmung des Maßes der Abweichung von der "richtigen" Regelung [1], zunächst ist jedoch der Bezugsgegenstand für den Monopolmißbrauch bei der Gestaltung von Preisen, nämlich der "richtige Preis", zu ermitteln [2].

24 1o Der gesetzliche Auftrag zur Ermittlung des "richtigen Preises".

Es ist also für § 22 GWB die Forderung nach dem "justum pretium" erhoben, eine Forderung, die einige Jahrhunderte bis ins 19. Jahrhundert hinein eine zentrale Stellung im Privatrecht und in der christlichen Morallehre eingenommen hat. Das Bemühen um die allgemeine Durchsetzung des gerechten Preises muß allerdings vorerst vor allem wegen der Schwierigkeiten seiner Bemessung als gescheitert gelten [3]. Daraus ergibt sich jedoch nicht, daß etwa das Verlangen nach Tauschgerechtigkeit unsinnig wäre [4], sondern nur, daß dieses Verlangen kaum durchgesetzt werden kann.
Die Einsicht in die Schwierigkeiten der Bemessung des gerechten Preises steht auch im Einklang mit der Lehre Schmidt-Rimplers, dem es ja allein auf die "richtige" Regelung im Rechtsgeschäft ankommt. Denn wegen der Unzulänglichkeit einer hoheitlichen Regelung, wozu auch eine gerichtliche Kontrolle gehört,

---

1) siehe unten Seite 83 ff.
2) entsprechend später die "richtigen" Geschäftsbedingungen; siehe unten Seite 18o ff.
3) Fikentscher S. 95.
4) Raiser S. 13o.

ist ja in der Regel dem Vertragsmechanismus mit seiner begrenzten Richtigkeitsgewähr der Vorzug zu geben [1) 2)].

Die Kritik hat daher nicht an der Forderung nach dem gerechten Preis anzusetzen, sondern evtl. an § 22 GWB selbst, zumindest allgemein an der Absicht, den gerechten Preis mit hoheitlichen Mitteln durchzusetzen.

In Fällen grober "Unrichtigkeit" bleibt jedoch nichts anderes übrig, als die Preisgestaltung hoheitlich zu kontrollieren und am "justum pretium" zu messen; das gilt insbesondere für den Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen, deren Bildung das Wirtschaftsverfassungsrecht nicht (oder bisher noch nicht) verhindern konnte [3)].

Das gilt auch dann, wenn man mit der modernen dynamischen Wirtschaftstheorie im Interesse der technischen Entwicklung Monopole z.T. für notwendig hält und im übrigen an einen langfristigen Ausgleich von Marktmacht durch die Marktbeteiligten selbst, vor allem durch Neuerungskonkurrenz und gegengewichtige Marktmacht, glaubt. Denn nicht jedes Monopol dient der technischen Entwicklung [4)], und die "Selbstreinigung" des Marktes erfordert immer einige Zeit, dauert oft sogar sehr lange [5)].

Auch das Gesetz kennt in einigen rechtssicher eingegrenzten Fällen, bei denen typischerweise eine grobe "Unrichtigkeit" vorkommt oder auch nur leichter festzustellen sein dürfte, den "richtigen" Preis. Man kann z.B. in § 138 II BGB nicht das "auffällige Mißverhältnis von Leistung und Gegenleistung" und in

---

1) Schmidt-Rimpler S. 169.
2) Außerdem würde die Ersetzung des Vertragsschlusses durch Hoheitsakt die "Entfaltung der Persönlichkeit" hindern; siehe oben Seite 20,21
3) vgl. Raiser, Vertragsfunktion.. S. 133, der in solchen Fällen Eingriffe auch nach § 22 GWB bejaht.
4) vgl. Abbott S. 230.
5) Der Chamberlinsche Punkt (vgl. unten Seite 137) wird erst nach einer bestimmten Zeit erreicht.

§ 2 a WSTG nicht das "unangemessen hohe Entgelt" feststellen, ohne eine Vorstellung über den gerechten Preis zu haben. Dasselbe gilt für die Bestimmung der Leistung nach den § 315 ff BGB [1].
Ebenso ist denn auch der Monopolmißbrauch bei der Gestaltung von Preisen, da ein Maß der Freiheitsbeeinträchtigung ausscheidet, nach den Folgen der Abweichung vom justum pretium zu bemessen. Auch die Literatur geht daher beim Monopolmißbrauch von einem angemessenen Preis aus [2].
Die Ermittlung des "richtigen" Preises wird zwar immer auf einem wenig sicheren Urteil beruhen; aber der Gesetzgeber selbst hielt die Bestimmbarkeit des angemessenen Preises sogar für ausreichend, um - auch in Anbetracht von Art. 103 II GG - den Straftatbestand des § 2 a WStG darauf zu gründen. Die Schwierigkeiten bei der Bemessung des gerechten Preises geben aber Veranlassung, zu einer zurückhaltenden Handhabung von § 22 III, IV GWB; staatliche Eingriffe sind nur bei erheblicher Abweichung vom "richtigen" Preis angebracht.
Im übrigen ist es vor allem Aufgabe des § 22 GWB, den Unternehmer von vornherein von grobmißbräuchlicher Preisgestaltung abzuschrecken und damit auch die Durchschnittsauffassung in der Wirtschaft ein wenig am "richtigen" Preis zu orientieren. Vor allem aber hat die theoretische Erfassung des "richtigen" Preises Bedeutung für die Auslegung weiterer Tatbestände des Wirtschaftsverfassungsrechts.

24 2o Der gerechte Preis als der Sache nach ökonomisches und der Methode nach vornehmlich juristisches Problem.

Die Ermittlung des "richtigen" Preises ist nur unter Auswertung volks- und betriebswirtschaftlicher Erkenntnisse möglich; der Begriff "gerecht" hingegen hilft kaum weiter; der "richtige" Preis ist vielmehr

1) vgl. noch die Bestimmung des Preises beim Kontrahierungszwang.
2) In der Regel meint man den fiktiven Wettbewerbs-Preis (so Bartholomayczik im Gem.Kom. § 22 Anm. 87/88; Ebisch S. 8o) dazu unten Seite 59 A, 124.

nach der Erfüllung der Funktionen zu bestimmen, die er im wirtschaftlichen Geschehen hat. Entscheidend ist u.a. vor allem, wie darzustellen sein wird, welche Bedeutung der Preis für die Erzielung einer optimalen Produktionsmenge des Gutes und deren optimale Verteilung und für die Einkommensverteilung hat.

Außer zur staatlichen Preisfestsetzung im Energie- und Verkehrssektor sind in der Wirtschaftstheorie und -politik keine praktikablen Methoden zur genauen Bestimmung des "richtigen" Preises entwickelt worden. Auch der Ordoliberalismus hat nur eine grundsätzliche Forderung nach dem sog. Als-Ob-Konkurrenz-Preis erhoben. Die neuere Wettbewerbtheorie und -politik hat sich stattdessen u.a. vor allem auf die Ermittlung günstiger Marktstrukturen, vor allem auf die Bedingungen eines "funktionsfähigen Wettbewerbs" konzentriert; die Ermittlung des "richtigen" Preises hält man für unnötig und kaum möglich.
Der von den Gesetzen dennoch gestellten Aufgabe der Bestimmung des "richtigen" Preises kann man vielleicht am besten durch Verbindung ökonomischer Erkenntnisse mit juristischer Methode gerecht werden. Der besondere juristische Auftrag besteht hierbei darin, unter den verschiedenen für die Preisbildung erheblichen Interessen die maßgeblichen öffentlichen Interessen [1] herauszufinden, also von den übrigen Belangen zu abstrahieren.
Wollte man nämlich alle für die Gesamtwirtschaft wichtigen Gesichtspunkte berücksichtigen, so dürfte die Bestimmung des "richtigen" Preises, wie allgemein angenommen, kaum möglich sein; denn abgesehen vor allem von den verschiedenen Ansichten in der Wirtschaftswissenschaft [2] und den praktischen Schwierigkeiten z.B. der Kostenermittlung taucht bei Zielkonflikten zwischen mehreren oder zahlreichen Interessen das kaum lösbare Problem der Gewichtung der verschiedenen Interessen im Verhältnis zueinander auf.
Diese Schwierigkeit kann man bei alleiniger Betrachtung der maßgeblichen öffentlichen Interessen vor

1) siehe oben Seite 2.
2) vgl. Schmidt-Rimpler S. 133 Anm. 3.

allem deshalb weitgehend überwinden, weil man bei der Quantifizierung im Zweifel nur eine geringe Zahl von maßgeblichen öffentlichen Interessen zu beachten hat [1]. Das Herausschälen der maßgeblichen öffentlichen Interessen ist schließlich auch für die Bestimmung eines Maßes der Abweichung von der "richtigen" Regelung, also zur Bestimmung eines Maßes des Monopolmißbrauchs, erforderlich.

Der "richtige" Preis soll vom maßgeblichen öffentlichen Interesse her, also nicht etwa, wie es meistens geschieht, von einer "optimalen" Marktform her aufgespürt werden. Es geht also zunächst nicht um den "Als-Ob-Konkurrenz-Preis", sondern um die grundsätzlich für jedes Wirtschaftssystem geltenden "richtigen" Mengen und die damit zusammenhängenden Preise.

Die Erkenntnisse der neueren Wirtschaftstheorie sollen beachtet werden; dabei kommt es jedoch hier nicht darauf an, die in der Wirtschaftswissenschaft zu den vorliegenden Problemen bestehenden verschiedenen Meinungen und Meinungsstreite umfassend darzustellen [2]. Sondern es ist an Hand einer vereinfachten, vielleicht auch dem Juristen verständlichen Darstellung der Probleme klar zu machen, daß einerseits die Frage nach der "Gerechtigkeit" des Preises in rein ökonomische Probleme ausmündet und daß andererseits nur die juristische Methode der Abstraktion die rechtssichere Erfassung der ökonomischen Erscheinungen ermöglicht.

24 3o Der "richtige" Preis als Mittel zur Erreichung der optimalen Güterzuteilung.

Als bei der Preisbildung maßgebliches öffentliches Interesse kommt vor allem die optimale Bedürfnisbefriedigung der einzelnen Menschen [3] in Frage [4].

1) siehe oben Seite 2.
2) Insbesondere entfällt die Darstellung des Pareto-Optimums.
3) Lukes S. 129; genauer als der "optimale" Wirtschaftseffekt, der um seiner selbst willen nicht erstrebenswert ist; ähnlich Seidenfus, Verkehrsmärkte S. 5.
4) Fikentscher S. 44.

Dieses - auch in der Begründung zum Entwurf des GWB in den Vordergrund gestellte [1] - Ziel stellt nämlich das entscheidende im ökonomischen Bereich anzustrebende Teilziel [2] des Gemeinwohls bzw. welfare dar.

Die Bedürfnisbefriedigung der Verbraucher hängt einmal von der Ausstattung der Verbraucher mit Nominaleinkommen ab (Einkommenszuteilung) und zum anderen von der von jedem Gut jeweils zur Verfügung stehenden Menge und ihrer Verteilung auf die Inhaber der Einkommensteile (Güterzuteilung) [3].

Sieht man zunächst von den besonderen Problemen der gerechten Einkommenszuteilung ab, so ist für die Produktion und Verteilung der Einheiten des Gutes allein das Ziel höchstmöglichen Gesamtnutzens maßgeblich: Der "richtige" Preis müßte also dafür sorgen, daß die Güter zu dem Verbraucher gelangen, bei dem sie unter Berücksichtigung der Substitutionsmöglichkeiten die größte Erhöhung des Nutzens erzielen, und daß die einzelnen Güter (nur) in einem Umfange produziert werden, bei dem der Zuwachs des Gesamtnutzens durch den Produktionsaufwand gerechtfertigt wird [4] [5].

24 31 Die optimale Rangfolge der Nachfrager bei der Güterzuteilung und ihre Einhaltung durch nichtdiskriminierende Preise.

Als Maß für den Nutzenzuwachs, der durch die Zuteilung einer Gutseinheit an einen Verbraucher entsteht, kommt im Anschluß an Alfred Marshall [6] vor allem der Preis in Frage, den die verschiedenen Verbraucher für die erste, zweite und jeweilige weitere Einheit des Gutes selbst zu bezahlen bereit sind.

1) Bundest.Drucks. II/1158 Anlage 1 A I.
2) vgl. Giersch S. 98/99.
3) Über die Ermittlung des "richtigen" Preises bei Nichtkonsumgütern siehe unten Seite 48
4) Bei dem letzteren Ziel geht es letztlich um die optimale Verteilung der Ressourcen auf die Produktion der verschiedenen Güter; mehr dazu unten Seite 44
5) Zur optimalen Produktdifferenzierung siehe unten Seite 54
6) Alfred Marshall, Priciples of Economics 8. Aufl. New York 1949 S. 92 ff.

Dieser Preis ist die Summe aus dem tatsächlichen Preis und der sogenannten Konsumentenrente. Die Höhe dieses "Verzichtspreises" für die verschiedenen Einheiten des Gutes ist in den Nachfragekurven der einzelnen Verbraucher dargestellt, die die individuelle Nachfragemenge in der Abhängigkeit vom Preis darstellen [1].

Zwar bringt dieser "Verzichtspreis" zum Ausdruck, was der Erwerb der jeweiligen Gutseinheit unter Berücksichtigung der Substitutionsmöglichkeiten [2] [3] für den einzelnen Verbraucher wert ist. Abgesehen von dem Problem der praktischen Messung [4] und der Schwierigkeit des interpersonalen Vergleichs taucht hier aber die Frage auf, ob die Bewertung eines Gutes durch den einzelnen Konsumenten gutzuheißen ist [5]. Insbesondere stellt sich die Frage, wie weit die Entscheidung des Verbrauchers auf Irrtümern beruht oder sogar bewußt - etwa durch Werbung - irregeleitet ist.

Trotz dieser Unzulänglichkeit muß man nach dem Grundsatz der Freiheit der Konsumwahl [6] von der Bewertung des einzelnen Verbrauchers ausgehen. Denn die einzige Alternative wäre eine - ebenfalls unzulängliche - hoheitliche Entscheidung. Zwar stellt der Eingriff nach § 22 III, IV GWB eine hoheitliche Ersetzung der privaten Gestaltung der

---

1) siehe Figur 1 unten Seite 44.
2) Der Höchstpreis sagt also über den absoluten Nutzen des Gutes nichts aus. Über den Zusammenhang von Nutzen und Substitutionsmöglichkeit und dem "Verzichtspreis" siehe unten Seite 92.
3) Der jeweilige "Verzichtspreis" kann von nicht "richtigen" Preisen (evtl. durch den Preis des hier betrachteten Gutes verursacht) der Substitutionsgüter beeinflußt sein; zu den Verzerrungen infolge Abweichungen vom Grenzkostenpreis bei den Substitutionsgütern siehe unten Seite 45 ff.
4) dazu siehe unten Seite loo f.
5) vgl. Seidenfus, Verkehrsmärkte S. 5 ff.
6) siehe oben Seite lo ff.

Güterzuteilung dar. Jedoch ist § 22 GWB nur auf die mißbräuchliche Preisgestaltung[1], also auf die Korrektur des Austauschverhältnisses, abgestellt.

Außerdem beschränkt sich das Gesetz, indem es nur den durch eine marktbeherrschende Stellung, eine bestimmte Marktstruktur, verursachten Mißbrauch bekämpft, auf Fälle, in denen der Vertrags"mechanismus" nicht mehr funktioniert. Eine hoheitliche Korrektur der Nutzenbewertung des Verbrauchers auf Grund des § 22 GWB würde daher sogar ein Systembruch sein, da das Gesetz in die Preisbildung auf nicht-monopolistischen Märkten (bis auf Ausnahmefälle) nicht eingreift, sich diese Preisbildung aber nach der Nachfrage(kurve) und damit nach der Nutzenbestimmung der Verbraucher richtet.
Insofern bestehen - vielleicht von Sonderfällen abgesehen - keine Bedenken, den Nutzenzuwachs des einzelnen Verbrauchers, den er durch den Erwerb einer Gutseinheit erhält, nach dem "Verzichtspreis" zu bestimmen, der der Nachfragekurve zu entnehmen ist. Ein entscheidendes Problem dieser Bewertung bleibt jedoch, nämlich der interpersonale Vergleich.

Abgesehen von der Unmöglichkeit des Vergleichs jeder subjektiven Bedürfnisbefriedigung bei den verschiedenen Personen [2], wirken sich selbst bei Unterstellung gleicher Bedürfnisstrukturen vor allem die verschiedenen Einkommensverhältnisse aus, da Personen mit höheren Einkommen höhere Preise für die jeweilige, erste, zweite usw., Gutseinheit in Kauf nehmen können. Die Berücksichtigung dieses Umstandes bei der Güterverteilung müßte zur Verwendung von Verteilungsgewichten [3] bei der Güterzuteilung führen, d.h. hier zu einer Höhergewichtung der "Verzichtspreise" bei Beziehern kleinerer Einkommen.

1) und den Mißbrauch bei der Gestaltung von Geschäftsbedingungen (dazu unten Seite 180 ff)
2) Giersch Seite 1oo, 1o7.
3) Giersch Seite 1o5.

Das bedeutet aber die Beachtung sozialpolitischer Gesichtspunkte außerhalb der Einkommensverteilung. Das mag vor 5o oder mehr Jahren bei der Bestimmung des gerechten Preises vor allem beim Wucher (§ 138 II BGB) sinnvoll gewesen sein. Heute stellt sich jedoch die Frage nach dem Verhältnis der richterlichen Bestimmung des gerechten Preises zu den sozialpolitischen Entscheidungen des Gesetzgebers, durch die vor allem im Steuer- und Rentenrecht ein umfassendes System der Einkommensumverteilung geschaffen worden ist.

Diese Gesetze erfassen bis auf wenige Ausnahmen alle Personen und sind so weitreichend, daß sie für die Rechtsanwendung als eine abschließende Regelung der Einkommensumverteilung angesehen werden müssen [1] Sozialpolitische Gesichtspunkte bezüglich der Abnehmerseite müssen somit bei der Bestimmung des angemessenen Preises unbeachtet bleiben; sie sind also völlig aus dem Gebiet der Güterzuteilung in das der Einkommenszuteilung zu verbannen. So ist überhaupt erst, wie sich zeigen wird, eine praktikable Bestimmung des "richtigen" Preises möglich. Übrigens erfolgt auch die Güterzuteilung auf dem Konkurrenzmarkt unter dieser Abstraktion von der Sozialpolitik [2].

Zugleich ist mit der Abstraktion von der Einkommenszuteilung der zu Anfang hervorgehobenen Notwendigkeit Rechnung getragen, im Interesse der Rechtssicherheit bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe wie dem des Monopolmißbrauchs (§ 22 III GWB) möglichst wenige, klar umrissene maßgebliche öffentliche Interessen herauszuschälen.

---

1) Das gilt für den Schutz des einzelnen als Warenabnehmer bei der Güterzuteilung; zur Verhinderung von Monopolgewinnen durch den "richtigen" Preis. siehe unten Seite 102 ff

2) Diese Abstraktion liegt auch der Theorie des sozialökonomischen Optimums und damit dem Grenzkosten-Preis-Theorem zugrunde (Giersch S. 1o6/1o7), das Problem bleibt dabei jedoch, soweit es überhaupt bewußt gemacht wird, dahingestellt, während es hier durch die Abgrenzung gegenüber der gesetzlichen Sozialordnung gelöst wird.

> Diese Abstraktion von der Sozialpolitik findet keinen Widerspruch im Gesetz, auch nicht in der Vorschrift, nach der bei der Bestimmung des Monopolmißbrauchs alle Umstände zu berücksichtigen sind (§ 22 II 2 GWB). Nach dem Bericht des wirtschaftpolitischen Bundestagsausschusses bezieht sich diese Vorschrift nur auf die Prüfung der Ursächlichkeit der marktbeherrschenden Stellung für den Mißbrauch [1].
>
> Diese Vorschrift könnte aber ohnehin weder eine Auslegung unter Berücksichtigung der Gesamtrechtsordnung widersprechen noch der oben genannten nach dem Grundsatz der Rechtssicherheit gebildeten Auslegungsregel widersprechen. Daß auch sonst nicht alle Gesichtspunkte bei der Bestimmung des Monopolmißbrauchs zu berücksichtigen sind, ergibt sich schon daraus, daß andernfalls das der Kartellbehörde in § 22 IV durch das Wort "kann" zugewiesene Entschließungsermessen überflüssig wäre.

Die durch die Sozialgesetze zugewiesenen bzw. nach den Steuergesetzen belassenen Einkommensteile sind daher gleichrangig an der Güterverteilung zu beteiligen, so daß Arme und Reiche für die gleiche Geldeinheit gleichviel erhalten müssen. Daher ist es berechtigt, die Rangfolge aller Verbraucher fiktiv ohne Rücksicht auf das wirkliche Maß der subjektiven Bedürfnisbefriedigung allein nach den Preisen, die sie höchstens zu zahlen bereit sind, zu bestimmen.

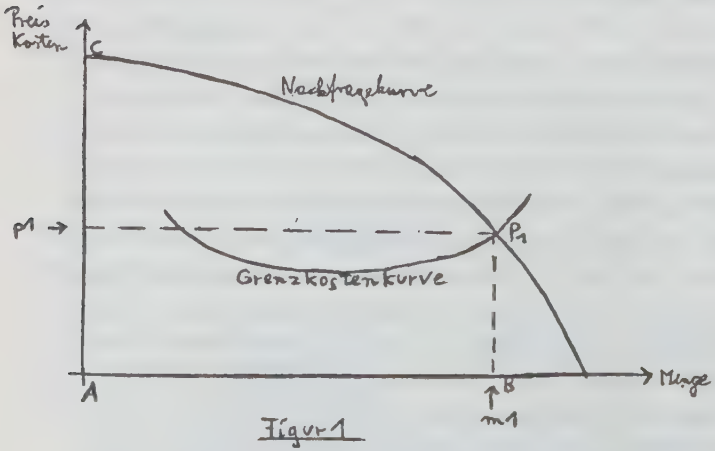
Daß die Verteilung der Güter, die mengenmäßig immer begrenzt sind, nach dieser Rangordnung erfolgt, das ist - besser als durch jede Behörde - durch die freie Konsumwahl auf dem Markt gesichert. Voraussetzung ist aber, daß die Güter zu einem einheitlichen, aber markträumenden Preis verkauft werden. Denn dann erhalten die Konsumenten die Einheiten des Gutes, die den verlangten oder einen höheren Preis zu zahlen bereit sind und daher denjenigen im Rang vorgehen, die zu dem verlangten Preis nicht mehr kaufen wollen. Der "richtige" Preis ist also grundsätzlich ein einheitlicher Preis [2].

1) Gem.Kom. 1. Auflage Materialien S. 1190.
2) Zur Preisdifferenzierung siehe unten Seite 65 ff

24 32 Die optimale Zuteilungsmenge bzw. Produktionsmenge.

Die Höhe des richtigen Preises dürfte vor allem dafür von Bedeutung sein, daß die optimale Menge des zu verteilenden Gutes produziert wird. Bevor darzustellen ist, wie diese Menge durch die Preisbegrenzung herbeigeführt wird, ist zunächst die optimale Menge überhaupt zu ermitteln. Das ist nur mit Hilfe der beschriebenen fiktiven Rangordnung der Verbraucher möglich.

Denkt man sich nämlich die Produktionsmenge [1] schrittweise von Null an vergrößert, so kann man mit Hilfe dieser Rangordnung feststellen, bis zu welcher Menge noch eine Zuteilung nach den Kosten gerechtfertigt ist. Durch Zusammenfassung (horizontale Addition) der einzelnen Nachfragefunktionen, die die Höchstpreise darstellen, die die einzelnen Verbraucher für die verschiedenen Einheiten des Gutes zu zahlen bereit sind, entsteht die gemeinsame Nachfragefunktion der Verbraucher für dieses Gut. Sie kann zugleich als die Aufstellung aller von den verschiedenen Verbrauchern nachgefragten Gutseinheiten in der beschriebenen Rangfolge, d.h.: in der Reihenfolge der Höchstpreise, verstanden werden.



Figur 1

1) Die Produktionsmenge wird hier der verkauften Menge gleichgestellt. Die Sonderprobleme der Lagerhaltung können hier nicht behandelt werden; ebenfalls nicht die besonderen Probleme der Handelsstufe.

Gibt der jeweilige "Verzichtspreis" in Geld den Nutzenzuwachs durch den Erwerb der Gutseinheit an, so wird die insgesamt zuzuteilende Menge durch den Herstellungsaufwand [1] bestimmt. Dabei ist von den Kosten aller an der Herstellung desselben Gutes beteiligten Unternehmern [2] auszugehen.

Die Zuteilung der Gutseinheiten darf nur solange ausgedehnt werden, bis die durch die Produktion der nächsten zuzuteilenden Gutseinheit zusätzlich entstehenden Kosten (Grenzkosten) [3] höher als der "Verzichtspreis" sind, den der nach der Rangfolge der Zuteilung nächste Konsument zu zahlen bereit ist. Diese optimale Menge ergibt sich bei dem Schnittpunkt P 1 (Figur 1) [4] der gemeinsamen Nachfragekurve der Verbraucher mit der gemeinsamen Grenzkostenkurve der Produzenten des Gutes, die für jede Menge den durch die Produktion einer weiteren Gutseinheit entstehenden Kostenzuwachs angibt.

24 33 Gesamtwirtschaftlich koordinierte Mengen und Preise und die richterliche Bestimmung der "richtigen" Regelung.

Gegenüber dem soeben dargestellten zunächst einleuchtenden Ergebnis tauchen erhebliche Bedenken auf. Denn auch die Kosten beruhen auf "richtigen" oder nicht "richtigen" Produktionsmittelpreisen, und auch die Nachfragekurve kann durch nicht "richtige" Preise von Substitutionsgütern [5] beeinflußt sein; fragt man aber nach den "richtigen" Produktionsmittelpreisen und damit nach der "richtigen" Zuteilung der Produktionsmittel und letztlich der Ressourcen auf die verschiedenen Produktionen, so ist eine gesamtwirtschaftliche Betrachtung unumgänglich.

1) Auf das Problem der external economies und diseconomies wird hier bewußt nicht eingegangen. Dasselbe gilt für die Besonderheiten der Verbundproduktion (vgl. Seidenfus, Leben wir ... S. 215). Diese beiden Komplexe bedürfen einer sehr eingehenden Darstellung, die in dieser allgemeinen Untersuchung nicht möglich ist.
2) Bei monopolistischer Konkurrenz ist es immer nur ein Unternehmen.
3) Zur Gesamtkostendeckung siehe unten Seite 61ff
4) S. 44.
5) genauer: "aller" anderen Güter; siehe unten Seite 90ff

Aus gesamtwirtschaftlicher Sicht aber ist die "richtige" Güterzuteilung die, bei der alle - beschränkt vorhandenen - Ressourcen auf die Produktion aller Konsumgüter - auf dem Umwege über Vorprodukte - mit dem größten Erfolg verteilt sind. Dazu wäre - wenn noch weitere Bedingungen erfüllt sind - notwendig, was hier nicht eingehend dargelegt werden kann, daß alle Konsumgüter und alle Produktionsmittel nach dem Grenzkosten-Preis-Theorem produziert werden [1].

Das Grenzkosten-Preis-Theorem ist jedoch in der Praxis weder bei den Produktionsmittelpreisen noch bei den Preisen der Substitutionsgüter verwirklicht; wie später noch darzustellen sein wird, sind für viele Fälle im Interesse der Gesamtkostendeckung über die Grenzkosten hinausgehende Preise sogar als "richtig" anzuerkennen [2]; die Preise für die Substitutionsgüter und Produktionsmittel dürften also in der Regel keine Grenzkostenpreise sein.

Die Wirtschaftswissenschaft hat zur Vermeidung von Verzerrungen infolge der Preise von Substitutionsgütern das Grenzkosten-Preis-Theorem durch Zulassung von bei allen Gütern gleichen Zuschlägen zu den Grenzkosten ("egalité des péages") modifiziert, d.h.: es genügt, daß sich die Preise der Güter wie die Grenzkosten ihre Herstellung verhalten [3] [4].

Da im privatwirtschaftlichen System jedoch allenfalls einzelne Wirtschaftszweige der staatlichen Preisbildung unterliegen und im übrigen die Erhebung von Zuschlägen durch Steuern auf Schwierigkeiten stößt, ist auch dieses modifizierte Grenz-Kosten-Preis-Theorem kaum durchführbar. Daher muß man sich schließlich nach Ansicht mehrerer Autoren, vor allem Verkehrswissenschaftler, mit einer auf einige Sektoren beschränkten sogenannten "second best"-Lösung zufrieden geben, wonach die Zuschläge, péages, im Einzelfall (nach der Nachfrageelastizität [5]) differenziert werden [6] [7]. Die Feststellung der Zuschläge im Einzelfall ermöglicht auch einen Ausgleich "unrichtiger" Produktionsmittelpreise.

---

1) H.K. Schneider S. 2o7,212.
2) siehe unten Seite 63/64
3) vgl. Giersch S. 115, Seidenfus, Leben wir... S. 216; H.K. Schneider S. 212,214 im Anschluß an J.M.D. Little The Price of Fuel Oxford 1959 S. XIII.
4) Genaugenommen dürfte sich dieser bei allen Gütern gleiche prozentuale Zuschlag nur auf die Wertschöpfung im jeweiligen Betrieb beziehen, um verzerrende kumulative Wirkungen - wie z.B. bei der heutigen Umsatzsteuer - zu vermeiden.
5) Dabei wird allerdings mehr auf die Gesamtkostendeckung (siehe unten Seite 61 ff) als auf die optimale Koordination der verschiedenen Produktionen geachtet. (Forts. Seite 47 d.A.).

Man könnte nun auch den beim Monopolmißbrauch bedeutsamen "richtigen" Preis wie bei der staatlichen Preisfestsetzung im Verkehrs- und Energiesektor als Summe aus den Grenzkosten und einen den Besonderheiten des Einzelfalls angepaßten Zuschlag auffassen. Die Ermittlung des Zuschlags im Einzelfall, zumal des nach der Nachfrageelastizität differenzierten Zuschlags, wäre jedochgegenüber der staatlichen Tarifierung bei Verkehr und Energie ungleich schwieriger, da der Eingriff nach § 22 III, IV GWB nur jeweils einen einzelnen Anbieter trifft also eine Koordinierung der Preise der verschiedenen Güter entfällt - und weil oft u.a. mangels starker Monopole eine Differenzierung der Zuschläge nicht möglich ist.

Diese Bestimmung der péages kann jedoch einem Gericht nicht zugemutet werden; vor allem wäre sie derart ungenau, daß sie dem Grundsatz der Rechtssicherheit widerspräche. Will man aber die Ermittlung des "richtigen" Preises für die Kontrolle des Monopolmißbrauchs nach § 22 III, IV GWB nicht aufgeben, so bleibt nur die Möglichkeit, im Interesse der Rechtssicherheit von den péages zu abstrahieren und grundsätzlich von einem reinen Grenzkosten-Preis auszugehen. Ein gewisser Zuschlag bliebe praktisch bei § 22 III, IV GWB ohnehin zugelassen, da nur bei erheblichem Abweichen vom "richtigen" Preis ein Eingriff nach § 22 III, IV GWB möglich ist [1]. Die generelle Bestimmung des Grenzkosten-Preises zum "richtigen" Preis bedeutet eine Außerachtlassung der Eigenarten des Einzelfalles; das ist jedoch eine Konsequenz, die wie bei jedem abstrakten Rechtssatz auch beim unbestimmten Rechtsbegriff im Interesse der Rechtssicherheit in Kauf zu nehmen ist [2].

Es ist allerdings zu überlegen, ob der Grenzkosten-Preis nur auf den Regelfall zu beschränken ist und daher in eindeutigen Sonderfällen doch dem richtigen Preis eine pégge einzurechnen ist.

---

6) H.K. Schneider S. 217; vgl. Seidenfus, Leben wir... S. 216; Seidenfus (Leben wir... S. 217) aber im Verkehr für die sog. Vollkostenkalkulation

7) vgl. zur Preisdifferenzierung unten Seite 65 ff.

1) siehe unten Seite 212 und siehe oben Seite 36.

2) siehe oben Seite 2.

Zur Unterstützung der Thede vom Grenzkosten-Preis als dem "richtigen" Preis soll hier noch kurz den Erörterungen zur Wirkung des Preises auf die Einkommensverteilung vorgegriffen werden. In der Regel fehlen beim Grenzkosten-Preis Monopolgewinne [1]; Zuschläge zu den betrieblichen Grenzkosten sind daher bedenklich, (weil und) soweit sie zu Monopolgewinnen führen; soweit sie aber der Gesamtkostendeckung, also der Vermeidung von Verlusten, dienen, sollen sie im Folgenden ohnehin anerkannt werden [2].

24 34

Die optimale Zuteilung von Produktionsmitteln.

Daß die "richtige" Zuteilungsmenge im Regelfall beim Grenzkosten-Preis anzunehmen ist, gilt nicht nur für Konsumgüter, sondern auch für Produktionsmittel. Da es aus der Sicht des Gemeinwohls auf die optimale Bedürfnisbefriedigung der Verbraucher ankommt, müssen auch die Vorprodukte so zugeteilt werden, daß sie in den aus ihnen hervorgehenden Produktionsgütern zur optimalen Bedürfnisbefriedigung beitragen.

Es gelten für die Produktionsmittel dieselben Überlegungen zum "richtigen" Preis wie für die Konsumgüter, wenn die Nachfragekurve auch hier den Nutzenzuwachs durch die Produktion der jeweiligen Gutseinheit und damit die Rangfolge der Abnehmer zum Ausdruck bringt. Das ist (mit denselben und weiteren Einschränkungen wie bei Konsumgütern) der Fall, da die Produktionsmittelnachfrage eine abgeleitete Nachfrage ist; jedoch ist die Nachfragekurve nicht nur durch nicht "richtige" Preise der Substitute zu den Konsumgütern, sondern vor allem auch durch eine monopolistische Preisbildung bei den weiterverarbeiteten Gütern (bis zu den fertigenden Konsumgütern hin) verfälscht.

Welche Zuschläge bzw. Korrekturgrößen zum Grenzkosten-Preis daher angebracht wären, kann hier nicht erörtert werden. In Anknüpfung an die vorhergehenden Erörterungen scheint aber auch zu den Produktionsmittelpreisen die Feststellung berechtigt, daß der Grenzkosten-Preis im Regelfall als "richtiger" Preis zu gelten hat. In Sonderfällen mag allerdings etwas anderes gelten.

---

1) siehe unten Seite 74 ff.
2) siehe unten Seite 61 ff.
3) siehe oben Seite 47.

24 35 Die "richtige" Zuteilungsmenge und das tatsächliche Marktverhalten.

Die "richtige" Zuteilungsmenge ergibt sich also zunächst ohne Rücksicht auf die Marktform beim Schnittpunkt der Nachfragekurve und der Grenzkostenkurve. Die Produktion dieser Menge wird durch die Marktbeteiligten selbst herbeigeführt, wenn zahlreiche Anbieter dieses Gut herstellen und sich untereinander im Zustande der atomistischen Konkurrenz [1] befinden [2].

Alle einzelnen Anbieter werden nämlich, wenn Gewinnmaximierung ihr Ziel ist, ihre jeweilige Produktion und damit die Gesamtproduktion soweit ausdehnen, bis der durch die Produktion einer weiteren Einheit beim Einzelnen entstehende Zuwachs des Gesamterlöses, bis also der Grenzerlös des Einzelnen gleich den Grenzkosten ist.

Da jedoch wegen der geringen Marktbedeutung des Einzelnen die Vermehrung seiner Produktionsmenge für sich gesehen keinen Einfluß auf den Preis hat, erhält der Anbieter für die Produktion jedes weiteren Stückes und die vorhergehenden Einheiten den vollen bisherigen Preis; sein Grenzerlös ist also gleich dem Preis. Dieser Preis ist für alle Anbieter gleich und ergibt sich für die insgesamt produzierte Menge aus der Nachfragekurve. Somit wird beim Zustand der atomistischen Konkurrenz unter den Anbietern die oben dargelegte optimale Preis-Mengen-Kombination nach dem Grenzkosten-Preis-Theorem von den Beteiligten selbst herbeigeführt.

Anders als bei atomistischer Konkurrenz ist es vor allem beim Monopol [3], da dort der Preis von der verkauften Menge des Anbieters abhängig ist. Da somit für ihn mit der Produktion eines weiteren Stückes der Preis für alle Einheiten zugleich sinkt, ist der Grenzerlös kleiner als der Preis [4]; der Monopolist wird daher schon bei einer geringeren Produktionsmenge und bei einem höheren Preis als bei dem genannten Optimalzustand die Produktion nicht mehr ausweiten.

---

1) Erich Schneider S. 73 ff: homogene atomistische Konkurrenz.
2) Auf der Nachfrageseite wird hierbei ebenfalls atomistische Konkurrenz angenommen. Die Besonderheiten bei Nachfragemacht werden auch hier und im folgenden, soweit möglich, bewußt im Interesse der Anschaulichkeit außer Acht gelassen
siehe oben Seite 10
3) Erich Schneider S. 71,63.
4) Erich Schneider S. 90: Robinson-Amoroso-Formel: Grenzerlös=Preis mal (1 + 1 durch Absatzelastizität); die Absatzelastizität ist in der Regel negativ.

Angebotsverkürzung und Preisüberhöhung erreichen allerdings in Wirklichkeit nicht das hiernach mögliche Maß. Das liegt vor allem an dem potentiellen Auftauchen neuer Konkurrenten und - wie die neuere dynamische Theorie erarbeitet hat - an der Entwicklung neuer Güter. Weitere Besonderheiten ergeben sich in der Praxis in Irrtumsfällen und in den Fällen reaktiver Planung, die in den neueren Verhaltenstheorien behandelt werden.

Eine eingehende Darstellung des tatsächlichen Preisbildungsgeschehens kann hier im Zusammenhang mit der Ermittlung des "richtigen" Preises entfallen. Denn der richtige Preis ergibt sich aus den maßgebenden öffentlichen Interessen und eben nicht aus dem Verhalten der Marktteilnehmer. Deshalb entfällt an dieser Stelle auch eine dynamische Betrachtung des Marktgeschehens [1].

24 36 Die für die "richtige" Zuteilungsmenge zugrundezulegende optimale Kapazität.

Die Möglichkeit des Monopolisten, die gesamte Produktionsmenge eines Gutes im Interesse der Gewinnerzielung kleinzuhalten, veranlaßt ihn, auch die Produktionskapazitäten entsprechend einzuschränken. Daher kann man in der Regel bei der Bestimmung des "richtigen" Preises nicht von den vorhandenen Anlagen ausgehen. Für den "richtigen" Preis ist vielmehr die Produktionskapazität zugrunde zu legen, die ohne die Ausnutzung der Monopolstellung zur Angebotsverkürzung die wirtschaftlichste wäre.
Ebenso wie der Monopolist für die verkürzte Angebotsmenge den ihm am günstigsten erscheinenden Produktionsapparat ermittelt, läßt sich auch für jede größere Produktionsmenge, also auch für die "richtige" Menge, die Art und die Zahl der Anlagen festlegen, bei denen diese Menge am billigsten produziert werden kann [2].

1) siehe aber unten Seite 51 ff: Ermittlung der "richtigen" Kapazität auf Grund einer langfristigen Investitionsrechnung und unten Seite 68 ff: Sicherung des technischen Fortschritts durch die Entwicklungskosten deckende Preise.
2) dazu unten Seite 51 ff.

Bei plötzlicher, nicht zu erwartender Erhöhung der Nachfrage ist allerdings nicht die nunmehr wirtschaftlichste, sondern die - kleinere - nach den Nachfrageerwartungen wirtschaftlichste Kapazität zu ermitteln, denn nur eine Abweichung von dieser Kapazität würde auf einem Mißbrauch der Monopolstellung beruhen; darüber hinaus liegt nur die Ausnutzung einer Mangellage vor.[4]

Wenn bisher von den für die Produktion einer zusätzlichen Gutseinheit erforderlichen zusätzlichen Kosten die Rede war, so waren damit die Kosten gemeint, die in Anbetracht der vorhandenen Anlagen für die Mehrproduktion aufzuwenden waren: die kurzfristigen Grenzkosten. Diese Grenzkosten sind in der Tat auch allein für die Preis- und Mengenfestsetzung maßgeblich [1]; denn die Mengenfestlegung erfolgt (wenigstens in der Regel) kurzfristig und sollte immer so erfolgen, daß der jeweiligen Lage mit höchster Effizienz Rechnung getragen wird [2].

Jedoch ist nicht die monopolistische verkleinerte Kapazität zugrunde zu legen. Für die Ermittlung der "richtigen" Kapazität sind, wie zu zeigen sein wird, die langfristigen Grenzkosten von Interesse.

Die Anpassung der Anlagen zur "richtigen" Kapazität hin kann einmal in einer Vermehrung der Anlagen bestehen. Diese wird sich insofern lohnen, als die vorhandenen (nach dem geringeren Monopolistenangebot bemessenen) Anlagen bei einer Produktionsmenge, die sich beim Schnittpunkt der kurzfristigen Grenzkosten-Kurve und der Nachfragekurve ergibt, überlastet sind; durch die Anlagenvermehrung kann jedoch die Produktionsmenge pro Anlage erreicht werden, bei der das Betriebsoptimum, nämlich das Stückkostenminimum der Anlage, liegt.

Zum anderen kann die Anpassung der Anlagen an die Vergrößerung des Absatzes darin bestehen, daß neben oder statt einer Anlagenvermehrung durch einen höheren Grad der Mechanisierung bei größerem Kapitaleinsatz eine Senkung der Stückkosten erzielt wird.

Denkt man sich zu jeder möglichen Jahresproduktionsmenge die Anlagen mit den jeweils geringsten Gesamtkosten, so läßt sich eine Kurve der zu jeder Produktionsmenge langfristig günstigsten Gesamtkosten aufstellen [3]. Daraus

---

1) Peschel S. 35/36.
2) Zur Gesamtkostendeckung siehe unten Seite 61ff
3) siehe Erich Schneider S. 253 - 255 und Figur 108; die Kurve der jährlichen Ausgaben bei totaler Anpassung.
4) dazu unten Seite 78ff, 123f

kann man eine weitere Kurve entwickeln, die für jede (jährliche) Produktionsmenge die zusätzlichen Kosten angibt, die durch die Produktion einer weiteren Gutseinheit bei der beschriebenen Anpassung des Produktionsapparates entstehen [1]. Das ist die langfristige Grenzkosten-Kurve der Produzenten [2].

Die Überlegungen, die angesichts der vorhandenen Anlagen mit der zugehörigen Kurve der kurzfristigen Grenzkosten über die optimale Produktionsmenge anzustellen sind, finden bezüglich der langfristigen Grenzkosten ihre Entsprechung. Die Kapazität ist solange auszudehnen, als diese langfristigen Grenzkosten nicht den "Verzichtspreis" überschreiten, den die nach der Nachfragekurve zusätzlich zu befriedigenden Konsumenten zu zahlen bereit sind. Damit ergibt sich die "richtige" Kapazität - ähnlich wie die optimale Produktionsmenge - beim Schnittpunkt der gemeinsamen Nachfragekurve der Verbraucher mit der langfristigen Grenzkosten-Kurve der Produzenten des Gutes.

Da die langfristigen Grenzkosten wegen der Anpassung der Anlagen nicht wie die kurzfristigen Grenzkosten steigen - ja ggf. bei größerer Mechanisierung sogar fallen [3] - ist der Schnittpunkt der langfristigen Grenzkosten-Kurve mit der gemeinsamen Nachfragekurve der Verbraucher gegenüber dem Schnittpunkt der kurzfristigen Grenzkosten-Kurve (ohne Kapazitätsanpassung) mit der Nachfragekurve (noch weiter) nach "rechts" verlagert.

Da die langfristige Grenzkosten-Kurve nicht nur unter der Voraussetzung des kostengünstigsten Mechanisierungsgrades, sondern auch unter der Voraussetzung der kostengünstigsten Anlagenzahl ermittelt wird, sind bei der "richtigen" Kapazität die einzelnen Anlagen so ausgenutzt, daß sich eine Verringerung oder Vermehrung der Zahl der Anlagen nicht mehr lohnt. Das ist aber nur dann der Fall, wenn die kurzfristigen Grenzkosten bei einzelnen Anlagen weder höher

1) Diese langfristigen Grenzkosten entsprechen im wesentlichen den progressiven Grenzkosten der Entwicklung (Seidenfus,"Leben ..." S. 215) bzw. den sogenannten Grenzkosten des Wachstums (vgl. H.K. Schneider S. 22o/21); die sogenannten Grenzkosten bei Schrumpfung, die außer den laufenden Kosten nur den Wiederverkaufswert der Anlagen bei teilweiser Produktionsaufgabe berücksichtigen, interessieren nur in einem Sonderfall, in dem die Kapazität an eine unerwartete Absatzschrumpfung anzupassen ist.

2) Erich Schneider S. 254; "Grenzkosten" bei totaler Anpassung.

3) siehe unten Seite 62 Anm 1 und Figur 2 S. 63

noch niedriger als die langfristigen Grenzkosten liegen [1] [2].

Die Gleichheit der langfristigen und der kurzfristigen Grenzkosten bedeutet, daß bei der "richtigen" Zuteilungsmenge der Schnittpunkt der Nachfragekurve mit der langfristigen Grenzkosten-Kurve und mit der kurzfristigen Grenzkosten-Kurve bei "richtiger" Kapazität zusammenfallen [3]. "Richtige" Zuteilungsmenge und "richtige" Kapazität ergeben sich also beide beim Schnittpunkt der langfristigen Grenzkosten-Kurve mit der Nachfrage-Kurve.

Da die Nachfrage (und die Preise der Produktionsmittel) jedoch Schwankungen, vor allem saisonalen Schwankungen, unterliegen, da die Bestimmung der Kapazität der Anlagen jedoch nur für eine längere Zeit getroffen werden kann, braucht die für die Gesamtperiode "richtige" Kapazität nicht immer mit der sich beim Schnittpunkt der jeweiligen Nachfrage-Kurve und der jeweiligen langfristigen Grenzkosten-Kurve ergebenden Kapazität übereinzustimmen.

Bei saisonalen Schwankungen und sonstigen Schwankungen ist die "richtige" Kapazität vielmehr in verfeinerter Weise nach dem Vorbild der privatwirtschaftlichen Investitionsrechnung [4] zu ermitteln [5].

Die "richtige" Produktionsmenge sollte jedoch, wie bereits dargelegt, im Interesse der besten Ausnutzung der jeweiligen Lage immer nach den - relativ wenig elastischen - kurzfristigen Grenzkosten ermittelt werden [6]. Daher kann sich der "richtige" Preis z.B. bei saisonalen Nachfrageschwankungen erheblich verändern [7]; nur ist von der "richtigen" und nicht von der monopolistisch verkürzten Kapazität auszugehen.

---

1) Sind alle Anlagen gleich und die Faktorpreise von der Menge der Produktion des vorliegenden Gutes nicht abhängig, so sind die langfristigen (und damit hier die kurzfristigen) Grenzkosten auch gleich den Stückkosten; vgl. unten Seite 61.
2) Die Besonderheiten bei sog. sprungfixen Kosten bei wenigen Anlagen können hier vernachlässigt werden.
3) So Lerner und die Tarifierung der Elektricité de France; siehe H.K. Schneider S. 218.
4) Erich Schneider S. 231 ff.
5) vgl. H.K. Schneider S. 219.
6) Peschel S. 35/36: Die langfristigen Grenzkosten sind nur für Investitionsentscheidungen von Bedeutung.
7) Daher fällt bei Nachfrageschwankungen der Schnittpunkt der Nachfragekurve mit der kurzfristigen Grenzkosten-Kurve nicht mit dem Schnitt mit der (Forts. S. 54 d.A.)

Die kostengünstigste Anlagenanpassung - zunächst ohne Beachtung der verschiedenen Marktformen betrachtet - ergibt sich in der Regel bei atomistischer Konkurrenz wiederum von selbst. Die bei dieser Marktstruktur verkaufte Menge genügt nicht nur, wie bereits dargelegt, dem Erfordernis, daß bei dieser Menge die (kurzfristigen) Grenzkosten gleich dem Preis sind, sondern die Marktteilnehmer passen auf dem Konkurrenzmarkt auch ihre Anlagen möglichst kostengünstig der Produktionsmenge an [1] [2].

Man könnte daran denken, mit der optimalen Größe der Anlagen zugleich eine Konzentration der Unternehmen - evtl. verbunden mit einer Erhöhung des Monopolisierungsgrades - zu fordern. Das ist unter dem Gesichtspunkt der optimalen Kapazität richtig. Hiermit im Zusammenhang würde auch das Problem der Warenstandardisierung mit dem Ziele verbilligter Großfertigung stehen. Hierbei wäre ein Ergebnis allerdings besonders schwer zu finden, da der Verbilligung infolge des Verlustes der Gütervielfalt eine Verringerung des Nutzens der Güter gegenüberstände [3] [4].

Diese schwierigen Fragen können jedoch auf sich beruhen, da § 22 GWB es schon mit einem oder wenigen weitgehend monopolisierten Unternehmen zu tun hat; außerdem kann eine Preisüberhöhung infolge mangelnder Konzentration kaum auf die Ausnutzung einer Monopolstellung zurückgeführt werden. Man sollte also bei der "richtigen" Kapazität von der vorhandenen Betriebszahl und Produkdifferenzierung ausgehen.

24 37 Die für die "richtige" Zuteilungsmenge im einzelnen zugrundezulegenden Kosten.

Außerhalb des Konkurrenzmarktes dürfte eine Auslese zugunsten der kostengünstigsten Unternehmen oft fehlen. Sieht man aber den frei entscheidenden Unternehmer letztlich im Dienste des Gemeinwohls bzw. des welfare, so darf man nicht einfach die vom jeweiligen Unternehmer vorgenommene Betriebsorganisation und die sich daraus ergebenden Kostenstrukturen hinnehmen; die Produktion ist vielmehr - die praktischen Schwierigkeiten seien anerkannt - auf ihre Wirtschaftlichkeit zu überprüfen.

Anm. 8 von Seite 53: langfristigen Grenzkostenkurve zusammen, wie es Lerner und die Elektricité de France für den Regelfall annehmen (siehe oben Seite 53)

1) Beides ist für die Erörterungen zum Begriff des Monopols bei § 22 I GWB von Bedeutung (siehe unten Seite 134).
2) vgl. Erich Schneider S. 305.
3) siehe unten Seite 185
4) vgl. zu der sich auf dem Markt einpendelnden Gütervielfalt Abbott S. 206-209.

In der bisherigen Praxis wurde zwar in der Regel von den Preisbehörden die gegebene Kostenlage hingenommen [1], weil bei Unterstellung geringerer - wirtschaftlicherer - Kosten die Betriebe evtl. mit Verlust arbeiten müßten; Verluste seien ihnen aber nicht zuzumuten. Einige Schriftsteller vertreten diese Ansicht auch für die Frage der mißbräuchlichen Preisgestaltung im Sinne von § 22 III GWB [2]; denn, so heißt es, das marktbeherrschende Unternehmen sei nicht gemeinnützig [3].

Diese Meinung ist auf entschiedenen Widerstand gestoßen [4], vor allem da hiermit der Anreiz zur höheren betrieblichen Leistung genommen werde. Auch trägt diese Ansicht nicht hinreichend dem Grundsatz Rechnung, daß jedes staatliche Handeln, also auch die staatliche Privatrechtsordnung, unter der Gemeinwohlforderung steht [5].

Im Rahmen der Monopolaufsicht, die im übrigen ja ohnehin nur bei groben Mißbräuchen einschreitet, ist daher von den Betrieben Wirtschaftlichkeit zu verlangen, ebenso wie die Wirtschaftlichkeit bei Konkurrenz den Marktteilnehmern in der Regel schon durch die Umstände aufgezwungen wird. Allerdings sollte man evtl. eine Beweislastregel zugunsten der Wirtschaftlichkeit der vorhandenen Anlagen aufstellen.

Als für die optimale Güterzuteilung maßgeblich sind womit die Kostenfunktionen zugrundezulegen, die dem herrschenden Stand der Technik und Betriebsorganisation entsprechen. Für besondere unternehmerische Leistungen und Wagnisse ist ein angemessener Betrag zu berücksichtigen [6] und den Koste

1) Metzner S. 12; BGH NJW 53,1233.
2) Frankf.Komm. § 22 Tz 56,46.
3) Frankf.Komm. § 22 Tz 46.
4) Bartholomeyczik in Gem.Komm. § 22 Anm. 9o; Metzner S. 12.
5) siehe oben Seite 16
6) vgl. Metzner S. 27/28.

zuzurechnen. Im übrigen sind wie in der betriebswirtschaftlichen Praxis eine angemessene Kapitalverzinsung [1] und der Unternehmerlohn ohnehin den Kosten zuzurechnen. Die Ermittlung des Unternehmerlohnes und insbesondere der Entschädigung für besondere Leistungen und Wagnisse [2] bereitet große Schwierigkeiten, diese Aufgabe muß jedoch erfüllt werden, wenn nicht die Monopolkontrolle nach § 22 GWB scheitern soll.

Ein "Gewinn"aufschlag in Prozenten der Auftragssumme wie bei den Leitsätzen für die Preisbildung auf Grund von Selbstkosten vom 18.12. 1953 [3] im staatlichen Auftragswesen (LSP) empfiehlt sich bei § 22 III GWB jedoch nicht. Man sollte vielmehr dem, der eine über das Übliche hinaus gehende Unternehmerentlohnung geltend macht, die Beweislast auferlegen. Denn § 22 GWB läßt ohnehin einen gewissen Gewinnspielraum, da ein kartellbehördlicher Eingriff nur bei erheblicher Überschreitung des "richtigen" Preises möglich ist [4].

Bei der Bestimmung der maßgeblichen Kostenstruktur finden natürlich verschiedene weitere Umstände, vor allem besondere Branchenrisiken Berücksichtigung. Dagegen ist z.B. der sogenannte Mischpreis [5], der Verluste in anderen Produktionszweigen auffangen soll [6], abzulehnen. Man sollte in diesem Zusammenhang bei der Bestimmung der optimalen Güterzuteilung übrigens noch keine Toleranzwerte vorsehen; das ist vielmehr im Zusammenhang mit der Frage zu erörtern, ob die Abweichung vom "Richtigen" als mißbräuchlich anzusehen ist.

Für das Problem der gesamtwirtschaftlich optimalen Güterzuteilung hat noch die Frage eine besondere Bedeutung, ob bei dem Aufwand für Produktionsmittel die Anschaffungs- oder die Wiederbeschaffungspreise zugrundezulegen sind. Da es bei der Festlegung der Produktionsmenge um die optimale Ausnutzung der jeweiligen Lage geht [7], sind die Wiederbeschaffungskosten zugrundezulegen. Denn die Produktionsmittel sind nach der jeweiligen Knappheit auf die am meisten Nutzen bringenden Produktionen aufzuteilen [8][9].

1) vgl. Metzner S. 29/3o.
2) zum Teil den Fixkosten zuzurechnen: zur Gesamtkostendeckung unten Seite 61 f
3) (früher LSÖ); Anlage zur VO über die Preise bei öff. Aufträgen vom 21.11.1953 (VPÖA).
4) siehe unten Seite 121
5) vgl. Metzner S. 1o2 ff.
6) Zum Problem der Zurechnung von Gemeinkosten bei Mehrproduktunternehmen (z.Teil Fixkosten) soll hier nicht Stellung genommen werden (siehe oben Anm. 1 Seite 45).
7) siehe oben Seite 53
8) siehe oben Seite 45 f
9) siehe Seite 57 (Umseite)

Weitere Einzelfragen zur Ermittlung der Kosten, die der Bestimmung der optimalen Zuteilungsmenge zugrunde zu legen sind, sind betriebswirtschaftlichen Untersuchungen, insbesondere Untersuchungen zum sogenannten inoffiziellen Rechnungswesen, vorzubehalten [1], sie würden den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Ebenso wie für die Einzelheiten der Kostenseite gilt das auch für die Ermittlung der gemeinsamen Nachfragekurve aller Verbraucher nach dem Gut [2].

Die Ermittlung der Nachfragekurve (Preis-Absatz-Funktion) ist auch ein entscheidendes Problem für den Unternehmer selbst, denn er sollte daraus die Grenzerlöskurve entwickeln; ebenfalls ist für den Unternehmer die Kenntnis der kurfristigen und langfristigen Grenzkosten-Kurve erforderlich. Die Nachfragefunktion und die Grenzkostenfunktion stellen also die Grundlage für die Ermittlung sowohl der volkswirtschaftlich optimalen Zuteilungsmenge als auch der für den Unternehmer erfolgreichsten Preis-Mengen-Kombination dar; nur die Ziele sind verschieden.
Für verschiedene Zielvorstellungen wie vor allem Gewinnmaximierung oder z.B. Umsatzmaximierung verschiedene Verhaltensweisen abzuleiten, ist der Wirtschaftstheorie durchaus geläufig [3]. Die Kartellbehörde hat also für die Bestimmung der optimalen Zuteilungsmenge "nur" die gleichen Probleme wie der Unternehmer selbst. Allerdings kennt der Unternehmer seinen Betrieb weit besser, und die Behörde wird oft auf seine Angaben angewiesen sein; das ist übrigens ein Grund dafür, daß, wie bereits dargelegt, nur bei groben Mißbräuchen ein kartellbehördlicher Eingriff sinnvoll ist.

Anm. 9 von Seite 56: für die Spekulationsgewinne vgl. die Überlegungen Seite 784 zur Preisbildung bei Mangellagen des Produktes selbst.
1) so z.B. die Berücksichtigung der Besonderheiten infolge der Zwischenschaltung einer Handelsstufe zwischen Verbraucher und Produzent.
2) Zur Bedarfsdeckungsskala siehe unten Seite 844
3) vgl. Erich Schneider S. 60.

24 38 Die Herbeiführung der "richtigen" Zuteilungsmenge durch den Grenzkosten-Preis.

Somit ergibt sich beim Schnittpunkt der Grenzkosten-Kurve mit der gemeinsamen Nachfrage-Kurve die optimale Zuteilungsmenge, die Menge, bei der eine Güterzuteilung nach den Kosten gerechtfertigt ist. Nun sieht § 22 GWB aber nicht einen Eingriff gegen den Mißbrauch bei der Bestimmung der Produktionsmenge vor; die Durchführung einer solchen Vorschrift wäre auch besonders schwierig. Stattdessen ist die Verhinderung des Mißbrauchs bei der Gestaltung von Preisen vorgesehen; der Preis aber hat eine Funktion bei der Bestimmung der optimalen Zuteilungsmenge.

Was die Nachfrage angeht, so ist der Preis, bei dem gerade die optimale Menge nachgefragt wird, der Nachfrage-Kurve selbst zu entnehmen: Es ist der dem Schnittpunkt von Grenzkosten-Kurve und Nachfrage-Kurve entsprechende Preis p 1 (Figur 1) [1], der Grenzkosten-Preis.

Dieser "richtige" Preis - seine behördliche Durchsetzung soll allerdings nur bei erheblicher Abweichung erfolgen - erfüllt seine Funktion zur Herbeiführung der Zuteilung der optimalen Gütermenge jedoch nur dann, wenn bei diesem Preis auch das Angebot die gewünschte Größe hat. Das ist der Fall. Der oder die Produzenten werden (in der Regel) die Menge produzieren, bei der ihre kurzfristigen Grenzkosten gleich dem Grenzerlös sind.

Nun ist es zwar so, daß bei freier Preisbildung für einen Monopolisten der Grenzerlös geringer als der Preis ist [2], weil der Preis je nach Menge verschieden ist. Schreibt man jedoch einen festen Preis, hier p 1, vor, dann ist der Grenzerlös auch für einen Monopolisten gleich dem Preis. Die Unternehmen produzieren dann - unter entsprechender Anpassung der Anlagen [3] - die Menge, bei der die

1) siehe oben Seite 44
2) siehe oben Seite 49
3) siehe oben Seite 52 f

Grenzkosten die Höhe des Preises p 1 erreichen. Damit ist der unter dem Gesichtspunkt der optimalen Güterzuteilung "richtige" Preis der dem Schnittpunkt der kurzfristigen Grenzkosten-Kurve und der Nachfrage-Kurve entsprechende Preis (p 1).

24 39 "Richtiger" Preis und "Als-Ob-Konkurrenz-Preis".

Der Grenzkosten-Preis, wird, wie bereits dargelegt, unter bestimmten Voraussetzungen -- ebenso wie die optimale Zuteilungsmenge -- auch unter Konkurrenzbedingungen erreicht. Insofern ist es berechtigt, von den Unternehmern in der Regel [1] einen "Als-Ob-Konkurrenz-Preis" zu verlangen und danach, wie es überwiegend in der Literatur [2] geschieht, den Monopolmißbrauch nach § 22 GWB zu erfassen.

Allerdings sind zur Ermittlung des fiktiven Wettbewerbspreises wiederum der Schnittpunkt der Grenzkosten-Kurve und der Nachfrage-Kurve zu ermitteln, ebenso wie es bei der unmittelbaren Feststellung des für die optimale Güterzuteilung "richtigen" Preises geschieht. Man kann daher wohl kaum sagen, daß man den "richtigen" Preis gerade nach dem Wettbewerbspreis bestimmen muß.

Die unmittelbare Bestimmung des für die Güterzuteilung optimalen Preises erweist sich vor allem da als sinnvoll, wo sich die Konkurrenzsituation nur schwer gedanklich fingieren läßt. Das gilt vor allem dann, wenn der Monopolist nicht nur etwa über alle Anlagen zur Produktion des Gutes verfügt [3], sondern die Produktion in einer (oder wenigen) Großanlage zusammengefaßt hat, die viel billiger als viele kleine Anlagen produzieren kann.

Sollte hier der Konkurrenzmarkt fingiert werden, so müßte man den Preis ermitteln, der sich bei einer

---

1) siehe aber unten Seite 63 ff: Stückkostenpreis als "richtiger" Preis.
2) Bartholomeyczik im Gem.Komm. § 22 Anm. 87/88; vgl. Ebisch S. 80.
3) Bei monopolistischer Konkurrenz ist das immer so, da die Konkurrenten nicht mehr dasselbe (homogene) Gut produzieren.

Produktion in vielen kleinen relativ unrationellen Anlagen ergeben würde. An diesem verhältnismäßig hohen Preis den Monopolmißbrauch zu messen, verstieße gegen den schon behandelten Grundsatz der Wirtschaftlichkeit.

Es ist vielmehr bei der Preisbestimmung von der vorhandenen - oft sehr vorteilhaften - Konzentration auszugehen [1]. Wollte man unter diesen Voraussetzungen einen Konkurrenzmarkt fingieren, so müßte man sich schon die Nachfrage und die vorhandene Großanlage etwa verhundertfacht denken. Einfacher ist es da doch, den Umweg über den fiktiven Wettbewerbspreis zu vermeiden und sofort nach dem Schnittpunkt der Grenzkosten-Kurve mit der Nachfrage-Kurve zu fragen.

1) Eine evtl. vorhandene unternehmerische Leistung bei Erreichung dieser Konzentration ist (nur) als angemessener "Gewinn" den Kosten zuzurechnen.

24 4o Der "richtige" Preis als Mittel zur Sicherung der Produktion durch Gesamtkostendeckung.

24 41 Grenzkostenpreis und Gesamtkostendeckung.

Die Produktion eines Gutes in einer oder wenigen Großanlagen bringt ein weiteres Problem mit sich: Zuteilung und Produktion in der beschriebenen optimalen Menge sind oft nicht möglich, da der dementsprechende "richtige" Preis nicht zur Deckung der Gesamtkosten der Produktion des Gutes ausreicht.

Solange nämlich die Produktion desselben Gutes in mehreren Anlagen vor sich geht, erfolgt die Anpassung der Anlagen bei Bestimmung der optimalen Produktionskapazität (hauptsächlich) durch Änderung der Zahl der Anlagen. Die kostengünstigste Zahl der Anlagen liegt aber bei optimaler Ausnutzung der Anlagen vor; das ist dann der Fall, wenn jede Anlage die Menge mit den geringsten Stückkosten produziert [1]. Da im Stückkosten-Minimum (kurzfristige) Grenzkosten und Stückkosten gleich sind [2], deckt der Grenzkostenpreis bei Produktion eines Gutes in mehreren Anlagen (mindestens) die Stückkosten [3] [4].

Wird das Gut jedoch in einer Anlage produziert, so lohnt sich für die Gesamtwirtschaft eine Ausdehung der Produktionsmenge solange, als die (langfristigen) Grenzkosten nicht den Preis nach der Nachfrage-Kurve übersteigen; es bleibt aber unberücksichtigt, ob sich die Produktion des Gutes für den Unternehmer überhaupt lohnt. Die (langfristigen) Grenzkosten sagen nämlich nichts über die Stückkosten aus, vor allem darüber, ob die fixen Kosten der Anlage, die

1) oder bei unterschiedlichen Anlagen höchstens beim Stückkosten-Minimum der unwirtschaftlichsten Anlage.
2) Erich Schneider Seite 1o7.
3) Zur Berücksichtigung der Gewinne in dem Sonderfall steigender langfristiger Grenzkosten siehe unten Seite 79 f
4) Bei Nachfrageschwankungen werden die Gesamtkosten einer Produktion in mehreren Anlagen bei Preisbildung nach den kurzfristigen Grenzkosten dann hereingebracht, wenn die "richtige" (nach der oben Seite 53 erwähnten Investitionsrechnung ermittelte) Kapazität zugrundegelegt wird.

ja ohne die Produktion einer einzigen Einheit entstehen, gedeckt werden können [1].

Gesamtwirtschaftlich gesehen lohnt sich die Beibehaltung bzw. Neueinrichtung der Produktion eines Gutes immer dann, wenn der Gesamtnutzen der zusätzlich durch die Zuteilung aller Einheiten des Gutes entsteht, die Gesamtkosten der Produktion rechtfertigt [2]. Dieser Gedanke entspricht den Überlegungen bei der Bestimmung der "richtigen" Menge und der "richtigen" Kapazität; nur ist nun statt des durch die Nachfrage-Kurve angegebenen Nutzenzuwachses durch den Erwerb der letzten zu produzierenden Einheit die Summe dieses Zuwachses bei allen zuzuteilenden Einheiten zu betrachten.

Der Nutzenzuwachs durch den Erwerb jeder einzelnen Einheit wird fiktiv durch den "Verzichtspreis", den der Einzelne höchstens dafür zu zahlen bereit ist, angegeben und ist für jede Einheit der Nachfragekurve zu entnehmen. Die Summe des Nutzenzuwachses bei Zuteilung der richtigen Menge wird durch die Fläche ABP1C [3] Figur 2) [4] dargestellt. Solange diese Summe [5], die die Konsumentenrenten einschließt, höher als die Gesamtkosten ist, lohnt sich volkswirtschaftlich die Beibehaltung der Produktion des Gutes [6].

---

1) Diese Aussicht auf Verluste wird noch dadurch erhöht, daß oft die langfristigen Grenzkosten selbst vor allem wegen der besseren Möglichkeit des Maschineneinsatzes mit zunehmender Produktionsmenge sinken (siehe Figur Nr. 2 Seite 63) (vgl. Erich Schneider S. 254), so daß oft nicht einmal die durchschnittlichen variablen Kosten pro Stück durch den Grenzkosten-Preis gedeckt sind.

2) Auf die external economies und diseconomies soll hier nicht eingegangen werden (siehe oben Anm. 1 Seite 45)

3) Ein Integral der Nachfrage-Kurve.

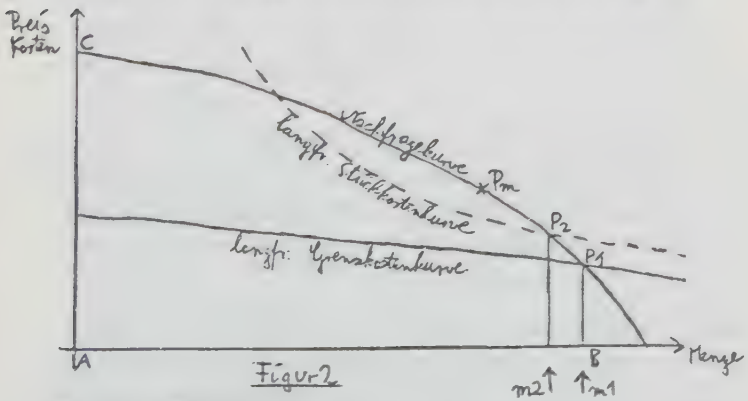
4) Seite 63

5) ebenso (kurz) Giersch S. 123/24.

6) Wegen der gesamtwirtschaftlichen Sicht wären noch Verzerrungen der Nachfragekurve und Verfälschungen der Produktionsmittelpreise zu beachten; vgl. dazu oben Seite 45 44 und Seite 40 Anm. 3 . Außerdem wäre zu bedenken, ob nicht bei einer geringeren Produktdifferenzierung die Gesamtkosten für die Produktion mehrerer Güter gesenkt werden können, ohne daß die gesamten Konsumentenrenten geringer werden; vgl. dazu oben Seite 54

24 42 Sicherung der Produktion durch mindestens die Stückkosten deckende Preise.

Es gilt nun, dem privaten Produzenten bei mangelnder Stückkostendeckung durch den Grenzkostenpreis die Beibehaltung bzw. Neueinrichtung der Produktion des Gutes zu ermöglichen. Solange keine staatlichen Zuschüsse für derartige Produktionen vorgesehen sind [1], kann die Produktion nur durch einen Zuschlag zu dem für die optimale Zuteilungsmenge "richtigen" Preis aufrechterhalten werden. Diese Erhöhung des Preises kann der Produzent nur infolge seiner Monopolstellung erreichen. Ohne das Monopol wäre also die Aufrechterhaltung mancher rentablen Großfertigung nicht möglich.
Mit einer Erhöhung des Preises über die Grenzkosten ist jedoch eine Veringerung der "richtigen" Zuteilungsmenge verbunden. Will man diesen Effekt auf ein Minimum reduzieren, und nebenbei auch die Erzielung unangemessener Gewinne vermeiden [2] - so ist die Preis-Mengen-Kombination zu nehmen, bei der die Stückkosten bei jeweils optimaler Kapazität [3] (die langfristigen Stückkosten [4]) gerade gleich dem Preis nach der Nachfrage-Kurve sind.
Diese Preis-Mengen-Kombination wird in Figur 2



Figur 2

1) vgl. Giersch S. 124
2) dazu noch unten Seite 74 ff, 76
3) (vgl. oben Seite 50 ff); vermeidbare unwirtschaftliche Überkapazitäten werden also nicht durch den "richtigen" Preis finanziert.
4) Die langfristigen Stückkosten fallen bei genauer Ausnutzung der optimalen Kapazität mit den kurzfristigen Stückkosten zusammen (vgl. oben Seite 52/53)

durch den Schnittpunkt P2 der (langfristigen) Stückkosten-Kurve mit der Nachfragefunktion dargestellt; die sich hierbei ergebende Zuteilungsmenge m2 ist allerdings gegenüber der optimalen Menge m1 verringert; auch ist der zu P2 gehörige Preis p2 gegenüber dem Preis p1 bei P1 erhöht. Soweit jedoch dieser Preis p2 in Fällen mit einmaligen fixen Kosten für die Erhaltung der Produktion und damit der Zuteilung des Gutes notwendig ist, ist er in diesen Fällen der für eine optimale Güterzuteilung "richtige" Preis.

Diese Zulassung des mindestens die Stückkosten deckenden Preises bedeutet keine Rückkehr zu den Regeln der herkömmlichen Preiskontrolle, die nur bei Abweichung vom "Stückkostenpreis" eingriff. Ein über den Stückkosten liegender Grenzkostenpreis bleibt nämlich weiter zulässig [1]. Außerdem wird hier eine wirtschaftliche Produktionsgestaltung vorausgesetzt [2] und vor allem die bei Stückkostendeckung noch größtmögliche Menge angenommen.

Schließlich ist eine Überschreitung der (kurzfristigen) Grenzkosten dann nicht zuzulassen, wenn (und soweit) der fehlende Beitrag der Grenzkosten-Preise einer Teilperiode zur Deckung der Fixkosten nicht ausreicht, aber mit über den Stückkosten liegenden Grenzkosten-Preisen einer anderen Teilperiode ausgeglichen werden kann. Diese "Zurechnung" der Fixkosten ist deshalb einem gleichbleibenden Stückkostenpreis vorzuziehen, weil die Preisbildung nach den kurzfristigen Grenzkosten eine optimale Ausnutzung der jeweiligen Lage bedeutet. [3]

Dieser Ausgleich zwischen verschiedenen Teilperioden ist vor allem bei regelmäßig wiederkehrenden, vor allem saisonalen Nachfrageschwankungen möglich, insbesondere bei Produktionen in mehreren Anlagen

1) siehe dazu noch unten Seite 77ff, v.a. S. 78
2) siehe oben Seite 55
3) siehe oben Seite 51, 53

mit "richtiger" Kapazität [1]. Ebenfalls ein Ausgleich zwischen den verschiedenen Teilperioden liegt vor, wenn die Fixkosten derart gedeckt werden, daß nach Einführung eines neuen Gutes von den "Pionierkonsumenten" [2] hohe Preise genommen, aber nach Einführung des Gutes nur unter den Stückkosten liegende Preise verlangt werden. Diese zeitlich verschiedene Preisgestaltung bringt allerdings in der Regel eine Abweichung vom Grenzkosten-Preis-Theorem. Sie ist ein Unterfall der Preisdifferenzierung .

24 43 Gesamtkostendeckung durch Preisdifferenzierung.

Möglicherweise kann in den Fällen, in denen die Grenzkosten nicht die Stückkosten decken, eine bessere Gewährleistung der Güterzuteilung als bei einheitlichen Preisen durch Festsetzung unterschiedlicher Preise für dasselbe Gut erreicht werden. Die bisherige Untersuchung ging von dem Regelfall aus, daß nämlich der "richtige" Preis ein für alle Abnehmer einheitlicher Preis ist.

Ein einheitlicher Preis ergibt sich auch bei atomistischer Konkurrenz [3], was bei dieser Marktform in der Regel zugleich das Entstehen von ungerechtfertigten Gewinnen verhindert [4]. Entscheidend für die grundsätzliche Forderung nach dem einheitlichen Preis ist - abgesehen von den Schwierigkeiten, eine Preisdifferenzierung durchzuführen - die Tatsache, daß die Güterzuteilung beim einheitlichen Preis nach der in der Nachfrage-Kurve beschriebenen Rangordnung erfolgt [5].

Eine vollkommene Preisdifferenzierung, die allerdings praktisch unmöglich ist, solleine Orientierung für "richtige" Preisdifferenzierung sein; sie sähe so aus, daß für jede einzelne der nachgefragten Gutseinheiten der höchstmögliche Preis genommen würde, den der Nachfrager zu zahlen bereit ist (wie er der Nachfrage-Kurve zu entnehmen ist). Würde eine solche vollkommene Preisdifferenzierung betrieben, so würden die Verbraucher ebenfalls in der oben genannten Rangfolge nach der Nachfrage-Kurve beliefert, da der Anbieter für die erste, zweite und jeweilige folgende Gutseinheit den höchstmöglichen Preis würde erhalten wollen.

1) siehe oben Seite 50 ff, v.a. S. 53
2) Lehmann S. 195.
3) weil dort für den einzelnen Anbieter nur die Menge eine Variable ist; E. Schneider S. 143.
4) siehe unten Seite 74 f und Erich Schneider S. 310.
5) siehe oben Seite 39 ff

Der Anbieter würde den Verbrauchern - anders als beim Stückkosten-Preis [1] - auch die optimale Zuteilungsmenge verkaufen, da für ihn nun die Nachfragekurve selbst zur Grenzerlöskurve würde und er daher die Menge produzierte, die dem Schnittpunkt der Nachfragekurve mit der Grenzkosten-Kurve entspräche. Mit einer solchen Preisdifferenzierung würden also beide Aufgaben erfüllt, die sonst der einheitliche Grenzkosten-Preis erfüllt, nämlich Herbeiführung der Produktion der optimalen Menge und deren optimale Zuteilung.

Zugleich aber könnten bei vollkommener Preisdifferenzierung mit dem Gesamterlös in allen volkswirtschaftlich sinnvollen Fällen die Gesamtkosten gedeckt werden, da die Gesamterlösmenge gleich dem fiktiven Gesamtnutzen wäre [2]; der Gesamterlös wäre nämlich wie der fiktive Gesamtnutzen der Produktion durch die Fläche ABP1C in Figur 2 [3] dargestellt.

Im Interesse einer richtigen Einkommensverteilung könnte man allerdings diese Preisdifferenzierung wohl nur bis zu einer Preishöhe zulassen, bei der die Stückkosten gedeckt sind [4]. Daraus würde sich übrigens ergeben, daß die Preisdifferenzierung überhaupt nur dann zulässig ist, wenn nicht schon der sich beim Schnittpunkt der Nachfrage-Kurve und der Grenzkosten-Kurve ergebende Preis zur Deckung der Stückkosten, vor allem der fixen Kosten pro Stück ausreicht; diese Situation liegt aber wohl nur bei Produktionen in einer Anlage vor [5] [6].

Eine vollkommene Preisdifferenzierung (mit einer Preisobergrenze) wäre also, wenn sie durchführbar wäre, die beste und damit "richtige" Preisgestaltung [7] bei Produktionen mit einmaligen fixen Kosten.

Dieses Ergebnis kann jedoch in der Praxis nur sehr unvollkommen durch Preisdifferenzierung erreicht werden; man kann nämlich die verschiedene Preisfestsetzung für die einzelnen nachgefragten Einheiten nach dem "Verzichtspreis" nur unvollkommen erreichen. Die einzelnen Konsumenten kann man nämlich allenfalls nach

---

1) siehe oben Seite 64
2) siehe oben Seite 62 ; ebenso Giersch S. 123.
3) Seite
4) in Figur 2 Seite 63 im Bereich von p1 bis (etwas unter) p2.
5) siehe oben Seite 61
6) bzw. bei hohen - fixen - Entwicklungskosten; siehe unten Seite 68ff
7) ebenso auch Peschel S. 31.

geographischen, personellen oder materiellen Gruppen aufspalten und - ohne die Möglichkeit des Austausches zwischen den Gruppen - voneinander isolieren [1]. Auch die verschiedene Preisfestsetzung für die erste, zweite und jeweilige weitere Einheit bei dem einzelnen Abnehmer kann nur unzulänglich z.B. durch Grundgebühren bei Elektrizitätswerken oder z.B. durch Mengenrabatte durchgeführt werden.

Dennoch ist die Preisdifferenzierung in vielen Fällen mit hohen einmaligen fixen Kosten der beste Weg, bei annähernd optimaler Güterzuteilung dem Produzenten die Deckung der Stückkosten zu ermöglichen. Welche Aufspaltung der Abnehmer nach Gruppen und welche verschiedenen Preise gerechtfertigt sind, ist eine Frage des Einzelfalles. Gerechtfertigt sein kann z.B. vor allem eine zeitliche Preisdifferenzierung, die zunächst den "Pionierkonsumenten" [2] hohe Preise abverlangt, jedoch später allgemein geringe Preise vorsieht.

Notwendig ist jedoch in allen Fällen, daß die Preisdifferenzierung eine Verbesserung der Güterzuteilung gegenüber der Zuteilung bei dem Stückkostenpreis ergibt; es muß also vor allem die Zuteilungsmenge erhöht sein und es darf durch die Preiseinstufung keine zu große Verschiebung in der (fiktiven) Rangfolge der Abnehmer nach der Nachfrage-Kurve eintreten.

Eine weitere Erörterung der vielfältigen Probleme die mit der Preisdifferenzierung zusammenhängen, würde hier zu weit führen [3]. Als Ergebnis bleibt, daß der "richtige" Preis durchaus gespalten sein kann, allerdings nur bei einer Produktion mit einmaligen fixen Kosten.

Dieses Ergebnis hat auch große Bedeutung für das Diskriminierungsverbot nach § 26 II GWB, das Verbot der sachlich nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung von Unternehmen durch marktbeherrschende Unternehmen usw. Denn die Preisdifferenzierung kann nicht nur etwa durch unterschiedliche besondere Kosten, wie Verpackungs- und Versandkosten, sondern auch nur durch die Notwendigkeit der Gesamtkostendeckung und die Tatsache gerechtfertigt werden, daß die verschiedenen Abnehmer einen verschiedenen "Verzichtspreis" haben.

---

1) Erich Schneider S. 144/45.
2) vgl. Lehmann S. 195.
3) siehe noch unten Seite 143/44 zur gruppenweisen Bestimmung der Monopolstellung bei Preisdifferenzierung.

> Für die allgemeine Rechtstheorie erweist sich am Fall der Preisdifferenzierung wieder einmal, daß die Einhaltung des Gleichheitsgrundsatzes nicht nach äußerlicher Gleichheit - z.B. der Preise - beurteilt werden kann. Es ist vielmehr allgemein der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 3 GG zu folgen; danach kommt es für den Gleichheitsgrundsatz in erster Linie auf die "Sachgerechtheit" der Regelung an [1].

24 44 Sicherung der Deckung der Kosten der technischen Entwicklung.

Die Bestimmung des "richtigen Preises" nach den Stückkosten (und erst recht die Festlegung von Preisdifferenzierungen) hat mit der Suche nach dem "Als-Ob-Konkurrenz-Preis" nur wenig zu tun. Beide Arten der Bestimmung des "richtigen" Preises wurden am Fall der Produktion eines Gutes in einer Großfertigungsanlage dargestellt. Derartige Produktionen haben mit der Zeit ständig zugenommen, da einerseits die Produkte vielfältiger und andererseits die Produktionsanlagen immer größer wurden.

Gleiche Überlegungen wie für die einmaligen fixen Kosten in der einen Produktionsanlage gelten auch für die hohen Kosten, insbesondere auch die unternehmerischen Risiken, der Entwicklung eines Gutes bzw. seiner Produktionsanlage.

Dabei kann es sich entweder um technische Erfinddungen handeln oder etwa um die Gestaltung eines ästhetisch ansprechenden Gebrauchgutes oder auch um notwendige Einführungsreklame. Diese Entwicklungskosten - bei der Produktion selbst braucht das Problem der einmaligen fixen Kosten nicht zu bestehen, wenn sie nämlich in mehreren Anlagen erfolgt - entstehen unabhängig von der Menge der produzierten Einheiten und sind daher bei den Grenzkosten nicht berücksichtigt.

Daher ist besonders bei Gütern mit hohen Entwicklungskosten die Forderung nach einer Als-Ob-Konkurrenz abzulehnen; es ist vielmehr eine gewisse

1) BVerf GE 3,162/183; 4,144/155; 9,213,222.

Monopolisierung erforderlich, um Preise zu erzielen, die diese fixen Kosten decken. Zur Sicherung dieser Entwicklungen sind daher z.T. gesetzliche "Monopole"[1] im Patent-Gebrauchsmuster-, Geschmacksmuster- und Warenzeichen-recht verliehen worden. Diese gewerblichen Schutzrechte haben außerdem noch den weiteren Zweck, auch wirklich denen, die die Entwicklungskosten und -risiken getragen haben, den erhöhten Preis zukommen zu lassen, da ja die Früchte von Erfindungen usw. nicht wie die - durch das Eigentumsrecht geschützten - Sachen der tatsächlichen Herrschaft des Inhabers unterliegen.

Aber auch die Ausübung dieser Rechte hat Grenzen. Will man hier von "geistigem Eigentum" sprechen, unterliegt dieses ebenso wie das Eigentum des Produzenten bzw. Händlers an den Sachen Beschränkungen. Diese Beschränkungen ergeben sich aus der Funktion der gewerblichen Schutzrechte bei der Verwirklichung des welfare, nämlich dem Anreiz zur erfinderischen Leistung bzw. deren Belohnung.

Da die Einhaltung dieser Grenzen auch bei den genannten Rechten nicht von selbst gesichert ist, ist auch eine Anwendung des § 22 GWB auf den Mißbrauch der durch Patente usw. verliehenen marktbeherrschenden Stellungen anerkannt [2) 3)]. Ein Mißbrauch dürfte aber auch hier relativ selten vorkommen, da vor allem in den Fällen der monopolistischen Konkurrenz die Monopolstellung nur schwach ist und außerdem nach den Erkenntnissen der dynamischen Theorie hohe Profite die Neuerungskonkurrenz auf den Plan rufen.

Es ist also auch ein "richtiger" Preis für das patentierte Erzeugnis wie überhaupt für alle Produkte mit hohem Entwicklungsaufwand zu suchen. Eine Ent-

---

1) Sie können "schwach" sein und brauchen nicht zu einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von § 22 I GWB (siehe unten Seite 122 44) zu führen.

2) kurz Reimer im Gem.Komm. § 2o Anm. 23; ebenso etwas unklar: Philipp Möhring, Der gewerbliche Rechtsschutz und die kommende Kartellgesetzgebung; in Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 1955 S. 512-515; S. 517 und Lieberknecht, Verträge über gewerbliche Schutzrechte und sonstige technische Leistungen nach §§ 2o, 21 GWB in Der Betrieb 1957 S. 1oll-1o16; S. 1o15

3) siehe Seite 7o d.A.

schädigung für den Entwicklungsaufwand ist (wie bei der Produktion des Gutes in einer Großanlage) durch Berücksichtigung dieser (fixen) Kosten bei der Preisbildung zu erreichen.

Der "richtige" Preis liegt daher, obwohl das wieder eine Verkürzung der "richtigen" Zuteilungsmenge bedeutet, bei dem Schnittpunkt der Stückkostenkurve mit der Nachfrage-Kurve; in einigen Fällen kann - vor allem zeitliche [1] - Preisdifferenzierung erlaubt sein. Über den Grenzkosten liegende Preise, wie sie sich in den (im Zeichen der Technik zunehmenden) Fällen der sogenannten monopolistischen Konkurrenz [2] bilden, dürften daher in der Regel nach § 22 GWB zulässig sein.

Ein schwieriges Problem liegt in der Bestimmung der angemessenen Vergütung für die Entwicklung des Gutes und die damit verbundenen unternehmerischen Leistungen und Risiken. Ein klares Ergebnis ist kaum zu finden; der Verzicht auf eine Untersuchung würde jedoch eine Kapitulation vor der Anwendung des § 22 GWB in diesen Fällen bedeuten.

In Anbetracht der Schwierigkeiten bei der Bestimmung der angemessenen Vergütung ist allerdings an eine Ausweitung der Toleranzgrenze zu denken; es ist zu überlegen, ob man bei durch Patent usw. geschützten Monopolstellungen nur ein besonders weitgehendes Maß der Abweichung von der "richtigen" Regelung als Mißbrauch ansehen sollte.

Die Vergütung für die Entwicklung, die den fixen Kosten zugerechnet werden soll, kann als Entschädigung für entstandene Kosten angesehen werden, wenn man an einen angestellten Erfinder denkt und wenn man die Vergütung für das Unternehmerrisiko und evtl. unternehmerische Leistungen des "Innovators" den Kosten zurechnet.

Anm. 3 von S. 69: außer bei der durch § 15 Patentgesetz besonders geregelten Zwangslizenzvergabe.

1) siehe oben Seite 65,64

2) Die Produktion ist kleiner und der Preis höher als bei atomistischer Konkurrenz; Chamberlin S. 88.

Jedoch kann diese Entschädigung nicht nach dem tatsächlich angefallenen Aufwand für das bestimmte Forschungsunternehmen bemessen werden, da das oft dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit widerspräche [1] und außerdem der Preis und damit die Güterzuteilung von den Zufälligkeiten des bestimmten Entwicklungsverfahrens abhinge. Einen guten Ansatzpunkt für die Bemessung der Erfindungsvergütung dürften die Überlegungen zum patentrechtlichen Begriff der Erfindungshöhe bieten; hierbei wird die Erfindungsleistung unter anderem an den Leistungen des Durchschnittsfachmanns gemessen, und die Kostenrisiken bestimmter Forschungen werden als Mittelwerte berücksichtigt [2]. Außerdem sollte man die Richtlinien für die Vergütung von Arbeitnehmererfindungen im privaten Dienst vom 2o. Juli 1959 [3] berücksichtigen.

Weitere Untersuchungen würden hier zuweit führen, ebenso auch Überlegungen zu Einzelfragen wie der, auf welche Zeit die Erfindungsvergütung zu verteilen ist. Jedenfalls ist eine großzügige Entschädigung für die Entwicklung eines Gutes oder einer Produktionsmethode bei der Bestimmung des "richtigen" Preises zu berücksichtigen.

Einen weiteren Zuschlag könnte man schließlich deshalb billigen, weil damit das Kapital für weitere Forschungdn aufgebracht werden könnte [4]. Das ist wohl abzulehnen, da das eine Selbstfinanzierung der Betriebe auf Kosten der Abnehmer bedeuten würde. Der technische Fortschritt und damit das Wirtschaftswachstum sollten auf andere Weise, vor allem durch Maßnahmen zur Erhöhung der Sparquote der Haushalte erreicht werden; der Kapitalmarkt könnte für eine annähernd optimale Verteilung der Gelder sorgen.

---

1) siehe oben Seite 55.
2) Eduard Reimer, Patentgesetz und Gebrauchsmustergesetz 2. Auflage München, Köln, Berlin 1958 § 1 Anm. 32, 34, 6o.
3) Beilage zum Bundesanzeiger Nr. 156.
4) vgl. Hildebrand S. 1o5,1o7.

Mit der Billigung eines angemessenen Monopolpreises bei Gütern mit hohen Entwicklungskosten ist zugleich einem Einwand der neueren, dynamischen, Theorie gegen die Forderung nach einem "Als-Ob-Wettbewerb" Rechnung getragen, bei (vollkommener) Konkurrenz bestehe kein Anreiz zur technischen Ehtwicklung [1]. Das Monopol und der angemessene Monopolpreis sind also als Mittel zur Finanzierung von Entwicklungen anzuerkennen, da diese für die Güterzuteilung auf lange Sicht wertvoll sind.

Diese Ansicht steht im Einklang mit der Begründung des Regierungsentwurfs [2], indem von "Leistungssteigerung" die Rede ist. Da die technische Entwicklung jedoch der Güterzuteilung auf lange Sicht dient, kann man als übergeordnetes maßgebliches öffentliches Interesse für die bisher getroffene Bestimmung des "richtigen" Preises die optimale Güterzuteilung bezeichnen; das ist das, was die Begründung zum Entwurf mit der "bestmöglichen Versorgung der Bevölkerung" [3] umschreibt.
Über die beschriebene Ermöglichung der technischen Entwicklung bei der Festlegung des "richtigen" Preises hinaus entfällt hier beim Monopolmißbrauch (§ 22 III IV GWB) der dynamische Aspekt. Da nämlich § 22 GWB nur der "nachträglichen Korrektur der Resultate" [4] der Tauschvorgänge im Einzelfall dient [5], kann § 22 GWB nicht der eigentlichen Förderung des dynamischen Wettbewerbs [6] dienen.
Nach dem bisherigen ist der "richtige" Preis, abgesehen von der Preisdifferenzierung, der dem Schnitt-

1) Joseph Alois Schumpeter, Capitalism, Socialism and Democracy; New York 1942 S. 1o6; Hildebrand S. 28.
2) Bundestagsdrucksache II/1158 Anlage 1; A I.
3) Bundestagsdrucksache II/1158 Anlage I; A I.
4) vgl. Seidenfus, Verkehrsmärkte S. 28.
5) siehe unten Seite 133
6) zum dynamischen Wettbewerb und dem Begriff der Markbeherrschung (§ 22 I GWB) siehe unten Seite 132/33, 15o/51.

punkt der Grenzkosten-Kurve mit der Nachfrage-Kurve entsprechende Preis, jedoch mindestens der Preis, der sich beim Schnittpunkt der Stückkosten-Kurve mit der Nachfrage-Kurve ergibt.

24 50 Der "richtige" Preis und die Einkommenszuteilung.

Neben der optimalen Güterverteilung kommt vor allem noch die "richtige" Einkommensverteilung als für die Bestimmung des "richtigen" Preises maßgebliches öffentliches Interesse in Frage. Beide Ziele sind nämlich die beiden Komponenten der optimalen Bedarfsdeckung [1]. Wenn beide Ziele bei der Bestimmung des "richtigen" Preises zu berücksichtigen sind, tritt das oben [2] beschriebene Problem der Gewichtung verschiedener Belange im Verhältnis zueinander auf.

Die bisherige Betrachtung galt nur der "richtigen" Güterverteilung. Da die Einkommenszuteilung, wie sie durch den Markt für Produktionsfaktoren und durch die staatliche Umverteilung vorgenommen wird, als abschließende Regelung vorausgesetzt wurde, wurden die danach zugewiesenen Einkommensteile gleichberechtigt an der Güterverteilung beteiligt, nämlich in der Reihenfolge der Verbraucher, wie sie durch die Nachfrage-Kurve angegeben wird.

Die Güterzuteilung nach dem "richtigen Preis" geht also von der gegebenen Einkommenszuteilung aus. Andererseits berücksichtigt die staatliche Einkommensumverteilung die (sich bei der Güterzuteilung ergebenden) Preise bei der Sicherung gerechter Anteile aller an der Gesamtgütermasse. Optimale Güterzuteilung und Einkommenszuteilung sind also aufeinander abgestimmt und ergeben zusammen die Gesamtordnung der Bedarfsdeckung.

24 51 Der Grenzkostenpreis und die Verhinderung von Monopolgewinnen.

Von der Frage der Berücksichtigung der verschiedenen Einkommen der Verbraucher als Abnehmer bei der Güterzuteilung ist die Frage der Wirkung der Preise auf die Einkommenszuteilung selbst zu trennen; dazu gehört vor allem das Problem der Verhinderung von sogenannten Monopolgewinnen.

Hier könnte auch noch eine besondere Aufgabe des § 22 GWB neben dem allgemeinen Recht der Einkommenszuteilung liegen. Betrachtet man den bisher nur

1) siehe oben Seite 39
2) siehe oben Seite 4

unter dem Gesichtspunkt der optimalen Güterzuteilung entwickelten "richtigen" Preis, so erweist er sich auch unter dem Gesichtspunkt der "richtigen" Einkommenszuteilung als recht günstig.

Geht man zunächst von dem Grundfall der Produktion eines Gutes ohne besonderen Entwicklungsaufwand in mehreren Anlagen aus, so gilt nach dem bisherigen der Grenzkosten-Preis als "richtig" [1]. Dieser Preis ist gleich dem fiktiven Wettbewerbspreis [2]; diese Gleichheit der Situation beim "richtigen" Preis und der Situation bei atomistischer Konkurrenz gilt auch für die Einkommenszuteilung.

Legt man nämlich für die Bestimmung des "richtigen" Preises die sich bei wirtschaftlicher Produktionsgestaltung und "richtiger" Kapazität ergebende Kostenstruktur [3] zugrunde, so sieht die Einkommenszuteilung wie bei atomistischer Konkurrenz (nach längerer Betriebsauslese) aus: Die Stückkosten werden in der Regel für alle Anlagen gleich und außerdem gleich den kurzfristigen und langfristigen Grenzkosten [4]; da der "richtige" Preis aber gleich den Grenzkosten ist, ist der "richtige" Preis auch gleich den Stückkosten [5]; daher entstehen über die zu den Kosten zu rechnende Kapitalverzinsung und Entschädigung von Unternehmerleistungen und -risiken hinaus keine Gewinne [6] [7].

1) siehe oben Seite 44ff
2) siehe oben Seite 49
3) siehe oben Seite 55 und Seite 50ff
4) siehe oben Seite 52/53 und Seite 53 Anm 1
5) siehe oben Seite 61 ; bei saisonalen Nachfrageschwankungen nur im Durchschnitt der Gesamtperiode (vgl. oben Seite 64/65)
6) vgl. E. Schneider S. 310; vgl. Lehmann S. 22.
7) Die hierbei durch unwirtschaftliche Betriebsanlagen entstehenden Mindereinnahmen entsprechen mangelnder unternehmerischer Leistung; unternehmerischen Sonderleistungen bei der Produktion entsprechen Sonderentschädigungen, siehe oben Seite 55

24 52 Der "richtige" Preis und die Korrektur der funktionellen Einkommensverteilung durch die Sozialgesetze.

Neben der Vermeidung von Monopolgewinnen bei den Unternehmern, Gewinnen, die im behandelten Grundfall durch nichts, weder durch Einsatz von Kapital und Risiko noch durch Arbeit des Unternehmers, gerechtfertigt sind, ist für die gerechte Einkommensverteilung auch die Höhe der allein aus dem Einsatz von Produktionsfaktoren, vor allem Arbeit und Kapital, resultierenden Einkommen wichtig.

Zur Korrektur dieser funktionellen Einkommenszuteilung [1] ist jedoch wieder (wie bei der optimalen Güterzuteilung) auf die bereits vorhandene umfangreiche staatliche Einkommensumverteilung zu verweisen. Diese Regelung ist bezüglich der funktionellen Einkommensverteilung als abschließend zu betrachten; für die Bestimmung des "richtigen" Preises ist also nicht zu beachten, wie der Preis sich auf die Entlohnung für den Einsatz der Produktionsfaktoren auswirkt.

Maßgeblich für den "richtigen" Preis könnte außer der optimalen Güterzuteilung allenfalls noch die Vermeidung der - durch nichts gerechtfertigten - Monopolgewinne sein; denn auf sie ist die allgemeine Einkommensumverteilung des Staates eben nicht zugeschnitten.

24 53 Der mindestens die Stückkosten deckende Preis und die Einkommenszuteilung.

Die Vermeidung von Monopolgewinnen beim "richtigen" Preis ergibt sich nicht nur, wie beschrieben, beim Grundfall der Produktionen ohne besondere Entwicklungskosten in mehreren Anlagen. Auch bei einer Produktion mit hohen einmaligen fixen Kosten, bei denen ein fiktiver Wettbewerb nicht angenommen werden kann, tritt in der Regel beim oben beschriebenen "richtigen" Preis kein Monopolgewinn auf.

1) v. Stackelberg S. 260

Denn zur Deckung der einmaligen fixen Kosten ist ein Preis zugelassen, der gleich den Stückkosten ist; da die Stückkosten jedoch nicht überschritten werden dürfen - zunächst nur, weil eine weitere Verringerung der optimalen Zuteilungsmenge vermieden werden soll [1] - ist zugleich gesichert, daß außer dem Entgelt für den Einsatz der Produktionsfaktoren, das zu den Kosten zu rechnen ist, keine Gewinne erzielt werden.

24 54 Der "richtige" Preis und die Gewinne bei steigenden langfristigen Grenzkosten.

Es sind wenige Fälle denkbar, bei denen der Grenzkosten-Preis nicht unter, sondern über den Stückkosten liegt und einen Gewinn ermöglicht; das ist nur bei steigenden langfristigen Grenzkosten [2] möglich, da sonst die Stückkosten immer über den Grenzkosten liegen.

Sollte nun durch den "richtigen" Preis dieser Gewinn verhindert werden, so wäre der sich beim Schnittpunkt der langfristigen Stückkosten-Kurve mit der Nachfrage-Kurve ergebende - unter den Grenzkosten liegende - Preis zu nehmen. Diese Preisermittlung entspräche der bei Produktionen mit hohen einmaligen fixen Kosten [3]. Dort wurde sie jedoch in erster Linie mit der Ermöglichung von Produktion und Zuteilung überhaupt begründet.

Im vorliegenden Fall würde jedoch beim Stückkosten-Preis eine vermeidbare "Unterproduktion" eintreten. Der sich beim Schnittpunkg der langfristigen Stückkosten-Kurve mit der Nachfrage-Kurve ergebende geringere Preis würde nämlich zu einer Angebotsmenge führen, die unter der optimalen Zuteilungsmenge läge.

1) siehe oben Seite 63
2) z.B. dann, wenn die Faktorpreise bei zunehmender Nachfrage steigen.
3) siehe oben Seite 63/64 und Figur 2 Seite 63

Da die Nachfrage wegen des geringen Preises jedoch über der optimalen Zuteilungsmenge läge, wäre in diesem Falle eine Rationierung des Gutes erforderlich. Diese Rationierung würde in der Praxis kaum der in der Nachfrage-Kurve angegebenen Reihenfolge Beachtung schenken.

Welchem der beiden Belange, optimale Zuteilung oder Vermeidung von "unverdienten" Gewinnen, bei der Bestimmung des direkten Preises der Vorrang zu geben ist, ist schwer zu sagen. Wenn auch hohe "Profite" der Unternehmer vielfach als das Hauptübel des Monopols hingestellt werden, so ist dem jedenfalls hier nicht zu folgen.

Denn eine Produktion zu einer geringeren als der optimalen Menge bedeutet einen gesamtwirtschaftlichen Verlust. Der bei "richtiger" Zuteilungsmenge in wenigen Fällen entstehende Übergewinn ist jedoch nur als eine "Einkommensverschiebung" anzusehen; diese kann jedoch zu einem guten Teil wieder durch staatliche Besteuerung abgeschwächt werden [1]. Da schließlich die Fälle eines solchen Übergewinns selten sind und bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe im Zweifel die Auslegung mit den wenigsten maßgeblichen Interessen vorzuziehen ist [2], ist auch hier die "richtige" Einkommenszuteilung unbeachtlich. Daher ist auch bei Produktionen mit steigender langfristiger Grenzkosten-Kurve der sich beim Schnittpunkt der langfristigen Grenzkosten-Kurve mit der Nachfrage-Kurve ergebende Preis der "richtige".

24 55 Der "richtige" Preis bei unvorhersehbaren Marktlagen.

Einen Hinweis darauf, welch geringe Bedeutung der Sicherung einer gerechten Einkommensverteilung im GWB zukommt, ergibt sich auch aus der Tatsache,

1) Steuern auf echte Residualgewinne gestatten übrigens keine Überwälzung auf die Abnehmer.
2) siehe oben Seite 3

daß in § 22 GWB nur die Preisüberhöhung durch Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, nicht aber die Preisüberhöhung durch den Mißbrauch einer unerwarteten [1] Mangellage (wie in § 2a WStG) bekämpft wird; denn in diesem Falle ist die Abweichung von der optimalen Kapazität nicht "durch" ein Monopol verursacht [2].

Unter dem Gesichtspunkt der optimalen Güterzuteilung ist es im Interesse der bestmöglichen Nutzung der vorhandenen Situation berechtigt, bei unerwarteter Nachfrageerhöhung - unabhängig von der Marktform - die Preise entsprechend der kurzfristigen Grenzkostenkurve zur vorhandenen Kapazität zu erhöhen [3], solange die Anlagen nicht kurzfristig angepaßt werden können und daher das Angebot unelastisch ist.

Ein Verbot der Preiserhöhung auf diese Höhe würde eine "unrichtige" Zuteilungsmenge zur Folge haben, wegen der Notwendigkeit einer Rationnierung Willkür in der Reihenfolge der Zuteilung bringen und außerdem eine schnelle Anlageanpassung verhindern. Daher ist auch hier zu erwägen, nachteilige Auswirkungen dieser hohen Mangelpreise auf die Einkommenszuteilung in Kauf zu nehmen.

Die mit einer nur begrenzten Ausweitung der Zuteilung bei plötzlicher Mangellage verbundene Preiserhöhung führt nämlich zu Knappheitsgewinnen. Diese Gewinne sind nur z.T. etwa durch Verluste in anderen Perioden [4] z.B. in der Landwirtschaft oder in seltenen Fällen durch unternehmerische Leistungen, etwa frühes Erkennen der Knappheit, gerechtfertigt. Diese Gewinne bei optimaler Zutei-

1) Ist die Mangellage künstlich herbeigeführt, so ist der Preis wegen "unrichtiger" Kapazität "unrichtig" (siehe oben Seite 50 ff); Ursache kann eine marktbeherrschende Stellung (§ 22 I GWB) oder -u.a. bei Marktzugangsabsprachen - die Stellung eines marktbeherrschenden Oligopols (§ 22 II GWB) sein.
2) siehe unten Seite 123 und oben Seite 50
3) siehe oben Seite 51 / 53
4) Bei saisonalen Nachfrageschwankungen ein Ausgleich in der Gesamtperiode möglich; vgl. oben Seite 64 / 65

lung stehen (wie bei der zuvor behandelten Fallgruppe) mit einer steigenden - hier kurzfristigen - Grenzkosten-Kurve im Zusammenhang.

Obwohl diese Mangelfälle durchaus nicht selten sind, hat das GWB im Gegensatz zu § 2 a WStG auf eine Bekämpfung verzichtet. Das dürfte vor allem mit dem Vorrang der optimalen Güterzuteilung vor der Einkommenszuteilung im Preisrecht zusammenhängen.

> Aber auch ein "unangemessener" Preis im Sinne von § 2 a WStG infolge Ausnutzung einer Mangellage dürfte nur selten gegeben sein. Wollte man nämlich z.B. auf dem Wohnungsmarkt einen geringeren Preis, etwa den sich beim Schnittpunkt der langfristigen Grenzkosten-Kurve mit der Nachfrage-Kurve ergebenden Preis, vorschreiben, so würden, wie bereits dargelegt, Umfang und Reihenfolge der optimalen Zuteilung darunter leiden.
>
> Der höhere Preis nach den kurzfristigen Grenzkosten ist wegen der Vordringlichkeit der optimalen Güterzuteilung allenfalls dann als "unrichtig" und daher "unangemessen" anzusehen, wenn durch die Anordnung des geringeren Preises die optimale Zuteilungsmenge und -reihenfolge (und die Schnelligkeit der Anlagenanpassung) kaum leidet, stattdessen jedoch eine tiefgreifende "Einkommensverschiebung" [1] verhindert wird.
>
> Das ist wohl nur bei sehr geringer Nachfrageelastizität und sehr geringer kurzfristiger Angebotselastizität (also bei großer Steilheit der kurzfristigen Grenzkosten-Kurve) denkbar (und bei geringer Elastizität der Produktion von Anlagen). Diese Situation dürfte auf dem Wohnungsmarkt vorliegen, da bei einem höheren als dem nach den langfristigen Grenzkosten [2] gebildeten Preis kaum mehr Wohnungen zur Verfügung ständen, die hohen Mieten jedoch bei Vermietern bzw. Mietern besonders hohe Gewinne bzw. - auch in Anbetracht des neuen staatlichen Wohnungsgeldes - eine weitgehende Aufzehrung der Einkommen hervorrufen würden.

1) siehe oben Seite 72

2) Da auf die Wiederbeschaffungspreise der Produktionsmittel - hier der Wohnung - abzustellen ist (siehe oben Seite 56), sind jedoch die in den letzten Jahren gestiegenen Baupreise zu beachten.

Daher mag der am 21.12.1962 neugebildete Tatbestand des sogenannten "Mietwuchers" in § 2 a WStG Nr. 2 einen gewissen Anwendungsbereich finden (also auf einem Markt mit fast atomistischer Konkurrenz); zu bedenken ist allerdings, daß ein begrenzter Preis eine Willkür in der Rangfolge der Personen bei der Wohnungszuteilung gegenüber der Zuteilung nach der Nachfrage-Kurve zur Folge hat.

Für den Monopolmißbrauch spielt nach § 22 GWB der Knappheitspreis ohnehin keine Rolle, da ja der erhöhte Preis nicht auf eine Monopolstellung zurückzuführen ist. Die Schwierigkeit der Abwägung der beiden Interessen, optimale Güterzuteilung und gerechte Einkommensverteilung, bei der Mangellage weist jedoch darauf hin, daß das Preisrecht kein passendes Mittel zur Herbeiführung einer gerechten Einkommenszuteilung ist.

24 6o Der "richtige" Preis und die Belange einer gesunden Marktstruktur.

Für die Bestimmung des "richtigen" Preises bei § 22 III GWB ist also nur die optimale Güterzuteilung das maßgebliche öffentliche Interesse. Güterzuteilung und Einkommenszuteilung dienen dem Ziel der optimalen Bedarfsdeckung. Es gibt schließlich noch Interessen, die auf eine gesunde Marktstruktur gerichtet sind, also nur mittelbar der Bedarfsdeckung dienen. Dieses gilt vor allem für die Verhinderung monopolistischer Marktstrukturen und - oft damit zusammenhängend - für den Schutz der einzelnen Mitbewerber vor unlauterem Wettbewerb.

Ob diese Ziele für die Bestimmung des Monopolmißbrauchs nach § 22 GWB in der Fassung vom 27.7.1957 - vor allem neben der Regelung im UWG - maßgeblich sind, erscheint zweifelhaft [1]. Jedenfalls widerspricht der bisher entwickelte "richtige" Preis nicht diesen Belangen; das Fordern des hier entwickelten Preises wird nämlich dem Leistungsprinzip gerecht, weil dieser Preis unmittelbar an der optimalen Bedarfsdeckung orientiert ist; es ist daher nicht unlater, (genau)

1) siehe dazu oben Seite 9 und unten Seite 1o9 ff zum Maß der Abweichung von der "richtigen" Regelung (vgl. Fikentscher; Die Preisunterbietung... S. 211 und Bartholomeyczik im Gem.Komm. § 22 Anm. 86,95).

diesen Preis zu verlangen, zumal da man wegen der Stückkostendeckung [1] kaum Ausschaltungswettbewerb annehmen könnte. Eine sich beim "richtigen" Preis ergebende Monopolisierung ist nur das Ergebnis einer Betriebsauslese oder der Errichtung besonders rentabler Großanlagen.

Der für § 22 GWB "richtige" Preis ist somit, abgesehen von der Preisdifferenzierung und evtl. von Besonderheiten bei plötzlichen Nachfrageschwankungen, der dem Schnittpunkt der Grenzkosten-Kurve mit der Nachfrage-Kurve entsprechende Preis, jedoch mindestens der Preis, der sich beim Schnittpunkt der (langfristigen) Stückkostenkurve mit der Nachfrage-Kurve ergibt. Dieses Ergebnis dürfte außer für § 22 III GWB auch große Bedeutung für § 2 a WStG und § 138 II BGB mit den §§ 302 a ff StGB haben.

1) siehe oben Seite 61 ff

25 oo Die Quantifizierung der nachteiligen Wirkungen infolge A b w e i c h u n g v o m "r i c h t i g e n" P r e i s.

Ob der in Wirklichkeit verlangte Preis das Ergebnis einer mißbräuchlichen Ausnutzung der marktbeherrschen den Stellung ist, hängt nun vom Umfang der Abweichung von der "richtigen" Regelung ab, soweit die Abweichung auf die Monopolstellung zurückzuführen ist [1]. Ein bestimmtes Mindestmaß der Abweichung von der "richtigen" Regelung ist nowendig, da nicht schon jede Abweichung einen Mißbrauch darstellt und im Interesse der Gleichbehandlung die Grenze zum Mißbrauch nach einheitlichen Gesichtspunkten gezogen werden muß.

Man könnte von vorneherein das Maß der prozentualen Erhöhung des Preises gegenüber dem "richtigen" Preis der Mißbrauchsprüfung zugrunde legen. Das würde jedoch dem gesteckten Ziel widersprechen, den Monopolmißbrauch danach zu bewerten, inwieweit die -maßgeblichen - Interessen verwirklicht sind. Ginge man nur von dem Prozentsatz der Preisüberhöhung aus, so bliebe vor allem die Wirkung der Preiserhöhung auf die Bedarfsdeckung derjenigen unbeachtet, die das Monopolgut wegen des erhöhten Preises nicht mehr kaufen.

25 lo Die Wirkung der Preisüberhöhung auf das Niveau der Bedarfsdeckung der Verbraucher.

Als maßgebliches Interesse, dessen Verwirklichung durch die Erhöhung des Preises gegenüber dem "richtigen" Preis beeinträchtigt werden kann, kommt vor allem wieder die optimale Bedarfsdeckung der Verbraucher in Frage. Daneben wird auch ein Einfluß der Preisgestaltung auf die Lauterkeit des Wettbewerbs und auf die Erhaltung einer vom Wettbewerb geprägten Marktstruktur zu erörtern sein.

1) dazu unten Seite 122 ff

Eine Einwirkung auf die optimale Bedarfsdeckung ist als Veränderung der Einkommenszuteilung insbesondere durch Monopolgewinne und als Verringerung des Niveaus der Bedarfsdeckung der Verbraucher als Abnehmer [1] denkbar.

Das letztere Maß muß die Benachteiligung des Verbrauchers sowohl dadurch, daß er sich genötigt sieht, einige Gutseinheiten nicht mehr zu erwerben, berücksichtigen als auch die Benachteiligung dadurch, daß er sich genötigt sieht, mehr zu zahlen. Dieses Maß der Verringerung des Niveaus der Bedarfsdeckung kann auch für die Bestimmung der Kartellaußenwirkungen, nämlich beim Vergleich der Lage mit und der Lage ohne Kartell, wichtig werden.

25 11 Die Bedarfsdeckungsskala.

Die Art der Bedarfsdeckung des Verbrauchers ist in der Wirtschaftswissenschaft durch die Nutzentheorie dargestellt worden [2]. Die Höhe des Nutzens eines Gutes bei einer Person ist der Umfang der subjektiven Bedürfnisbefriedigung, die diese Person durch den Konsum des Gutes erlangt.

Bei bestimmtem Einkommen und bestimmten Güterpreisen kauft jeder Verbraucher eine bestimmte Menge von den verschiedenen Gütern. Entscheidend für diese Güterwahl des einzelnen und damit für seine Bedürfnisbefriedigung sind vor allem zwei Tatsachen: 1. die, daß der Verbraucher bemüht ist, den höchstmöglichen Gesamtnutzen mit dem zum Konsum bereitstehenden Einkommensteil zu erreichen und 2. die Tatsache, daß der Nutzen pro Einheit eines in verschiedenen Mengen zu wählenden Gutes mit zunehmender Menge abnimmt (1. Gossensches Gesetz [3]).

1) bei gleichen Nominaleinkommen.
2) Auf eine Erläuterung der Bedarfsdeckung mittels Indifferenskurvensystemen wird hier verzichtet, da das einen größeren Raum beanspruchen würde und auch eine Betrachtung des Gesamtkonsums erschwert wäre.
3) v. Stackelberg S. 115.

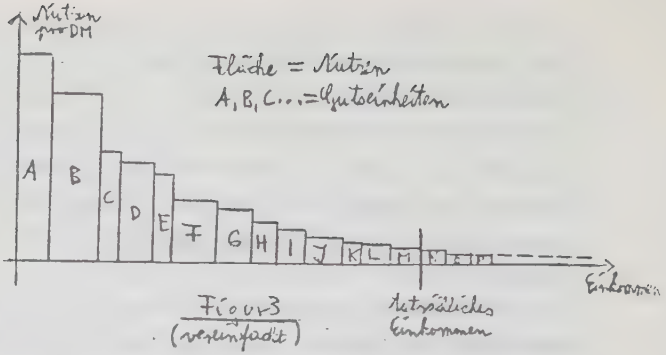
Hieraus ergibt sich, daß der Konsument die Mengen der verschiedenen Güter so wählen wird, daß es sich nicht lohnt, eine Einheit des einen Gutes wegen geringeren Nutzens durch die eines anderen Gutes zu ersetzen; das ist dann der Fall, wenn der Nutzen der letzten mit einer Geldeinheit erworbenen Menge jedes Gutes gleich ist (2. Gossensches Gesetz [1]).

Der Nutzen der letzten mit einer Einheit erworbenen Menge der einzelnen Güter entspricht dem Nutzen der letzten für den Konsum aufgewandten Einkommenseinheit. Dieser Grenznutzen des Einkommens sinkt (ebenso wie der Nutzen der beim jeweiligen Einkommen zu erwerbenden letzten Gutseinheiten) mit zunehmendem Einkommen.

Es läßt sich somit eine Reihe des zu jeder Einkommenshöhe gehörigen Grenznutzens des Einkommens aufstellen. Wegen der verschiedenen Bedürfnisse kann diese Reihe nur für jede Person einzeln aufgestellt werden.

Dieser Reihe entspricht eine Skala der mit der jeweiligen Einkommenseinheit erworbenen verschiedenen Güter. In dieser Bedarfsdeckungsskala wiederholen sich die verschiedenen Güter z.T. immer wieder; sie sind vom Anfang bis zum Ende der Skala nach der Höhe des Nutzens pro Geldeinheit aufgereiht (Figur 3 [2]): Es dürften - nach der Dringlichkeit - zunächst die nötigsten Ernährungsgüter in den nötigsten Mengen aufzuführen sein, dann würden mit einigen Kleidungs- und Luxusgegenständen vermischt weitere nicht mehr so nötige Mengen von Ernährungsgütern, dann teurere Bekleidungs-, Luxus- und Ernährungsgüter und so fort schließlich nur noch Luxusgüter folgen. Das Ende der Bedarfsdeckungsskala ergibt sich aus der Höhe der Konsumsumme, die für die untersuchte Periode zur Verfügung steht.

1) v. Stackelberg S. 123.
2) Seite 86.



Diese für alle möglichen Einkommen einer Person aufgestellte Bedarfsdeckungsskala verliert ihren Erkenntniswert auch nicht durch die Tatsache, daß mit steigender Konsumsumme auch innerhalb der bei den bisherigen Einkommen bestehenden Bedarfsdeckungsskala z.T. Veränderungen stattfinden [1]; man muß sich die Bedarfsdeckungsskala vielmehr als eine sich bei jeder Einkommenserhöhung verlängernde und sich ein wenig verändernde Güterreihe vorstellen.

Auch die Tatsachen, daß der Nutzen und damit die Nachfrage nach einem Gut vielfach durch seine Kombination mit anderen Gütern bestimmt ist [2] [3] und daß schließlich nicht nur in Mengen variable Güter, sondern auch einzelne, gar nur einmal benötigte, Gegenstände zur Wahl stehen, ändern nichts an dem Anschauungswert der Bedarfsdeckungsskala.

25 12 Verkürzung und Veränderung der Bedarfsdeckungsskala infolge der Preisüberhöhung bei einem Gut.

In diese Skala wird nun durch eine Preiserhöhung - etwa auf Grund eines Monopols - eingegriffen. Der Nutzen jeder ersten, zweiten usw. in der Bedarfsdeckungsskala wiederkehrenden Einheit des verteuerten Gutes bleibt gleich, es verändert sich aber wegen der Preiserhöhung bei diesem Gut der Nutzen pro Geldeinheit. Daher muß man sich zunächst alle Einheiten dieses Gutes in der Skala derart zum Ende hin und darüber hinaus verschoben denken,

1) so von inferioren zu superioren Gütern (vgl. Erich Schneider S. 12,25).
2) Erich Schneider S. 11/12; 44.
3) Die kombinierten Güter sind als ein neues Gut aufzufassen.

daß sich vor und nach ihnen wieder Einheiten anderer Güter mit gleichem Nutzen pro Geldeinheit befinden ("Absteigen").

Da weiter der Erwerb des verteuerten Gutes einen größeren Teil des Einkommens erfordert, steht im Umfange des Mehraufwandes kein Geld mehr für die am Ende der Bedarfsdeckungsskala stehenden Einheiten der verschiedenen Güter zur Verfügung; sie werden nicht mehr gekauft ("Verkürzung der Bedarfsdeckungsskala").

Denkt man sich der Anschaulichkeit halber zunächst, daß das verteuerte Gut lebensnotwendig ist und sich die Gutseinheiten daher soweit im ersten Teil der Skala befinden, daß der Konsument trotz des erhöhten Preises weiter alle Einheiten kauft, so wirkt sich die Preiserhöhung nur auf den Konsum der anderen Güter aus [1].

Der Konsument ist daher wie bei einer Einkommensverringerung in Höhe des Mehraufwandes für das verteuerte Gut am Konsum der Gutseinheiten im letzten Teil der Bedarfsdeckungsskala verhindert [2]. Der Nachteil des Konsumenten hat den Umfang der Summe der Grenznutzen dieser letzten Einkommensteile ("Einkommenseffekt") [3].

Nun ist es im Regelfall aber so, daß der Konsument auch einige Einheiten des verteuerten Gutes selbst, die vorher am Ende der Bedarfsdeckungsskala standen oder durch die Preiserhöhung nach dort verschoben wurden, - evtl. sogar alle - nicht mehr kauft. Für die bei einer Preiserhöhung nicht mehr gekaufte Menge ist der Nachteil des Konsumenten aber nicht mehr gleich dem Nutzenverlust bei einer

1) wichtig für das "absolute" Monopol; siehe unten Seite 157 Anm 4
2) Die hiermit verbundenen geringen Verschiebungen im ersten Teil der Skala (vgl. oben Seite 86) können vernachlässigt werden. Wegen der im Verhältnis zum Gesamtkonsum relativ sehr geringen Wirkung der einzelnen nach § 22 GWB zu überprüfenden Preisüberhöhung handelt es sich im folgenden praktisch um eine Marginalanalyse.
3) Er entspricht dem "Einkommenseffekt" einer Preiserhöhung im System der Indifferenzkurven.

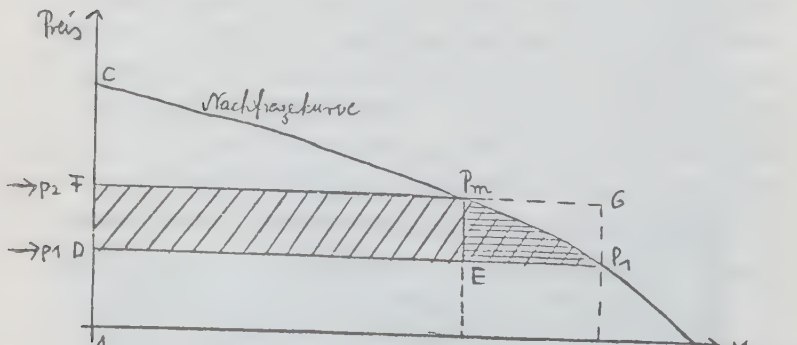
Einkommensverringerung, die der vollen Mehrpreiszahlung für die nicht mehr gekauften Einheiten entspricht.

Denkt man sich die Preiserhöhung nämlich in vielen kleinen Stufen vorgenommen, so werden bei der jeweiligen Stufe einige Einheiten des verteuerten Gutes selbst - unter anderem infolge der Verkürzung der Skala - aus dieser ausgeschieden; diese können aber bei der nächsten Preiserhöhung nicht mehr zur Verknappung der Konsumsumme und damit zur Verkürzung der Bedarfsdeckungsskala beitragen.

Der wie eine Einkommensverringerung wirkende Effekt einer Preiserhöhung besteht daher bei Verringerung der Bezugsmenge nur in Höhe des Mehraufwandes, der wegen der Verteuerung bei der jeweiligen Stufe der Preiserhöhung noch vorhandenen Menge erforderlich ist.

25 13 Der "Preisüberhöhungs- und Verzichtsschaden" infolge der Preisüberhöhung.

Die begrenzte Wirkung einer Preiserhöhung bei Verringerung der Bezugsmenge läßt sich an Hand der Nachfrage-Kurve eines Konsumenten veranschaulichen. Die Nachfrage-Kurve stellt die bei dem jeweiligen Preis von den einzelnen Konsumenten nachgefragte Menge dar.



Figur 4

War der Preis zunächst p1 = AD (Figur 4) [1], so wurde die Menge AB nachgefragt. Wird nun der Preis um DF auf p2 = AF erhöht und würde der Konsument weiter zur Abnahme der Menge AB gezwungen, so käme der Nachteil des Konsumenten dem Nutzenschaden einer Einkommensverminderung von der Größe des Rechtecks D P1 GF gleich.

Geht die Nachfrage jedoch mit steigendem Preis entsprechend der Nachfrage-Kurve zurück, so trifft die jeweilige Stufe der Preiserhöhung mit zunehmender Preiserhöhung nur noch eine verringerte Absatzmenge, sodaß der Gesamtschaden des Konsumenten dem Nutzenschaden einer Einkommensminderung [2] der Fläche D P1 PmF (schraffiert [3]) entspricht.

Betrachtet man den Nutzenschaden getrennt nach den verschiedenen einzelnen vor der Erhöhung erworbenen Einheiten des verteuerten Gutes, so sind der Schaden bei den weiterhin gekauften Gutseinheiten, der Preisüberhöhungsschaden (DEPmF), und der bei den nicht mehr gekauften Einheiten, der Verzichtsschaden (EP1Pm), zu unterscheiden. Der Preisüberhöhungsschaden entspricht nutzenmäßig einer Einkommensverringerung in Höhe des Mehraufwandes für die weiterhin gekauften Einheiten, der nunmehr nicht mehr für andere Güter am Ende der Bedarfsdeckungsskala zur Verfügung steht.

Der Verzichtsschaden entspricht der Summe der Preisüberhöhungsschäden zu den einzelnen nicht mehr gekauften Einheiten, wobei die Preiserhöhung aber jeweils nur bis zu dem Preis gerechnet wird, bei dem der Konsument aufhören würde, die Einheit zu kaufen ("Verzichtspreis") [4] [5].

---

1) Seite 87
2) Sie entspricht dem Einkommenseffekt im System der Indifferenzkurven.
3) mathematisch: ein Integral der Nachfrage-Kurve.
4) siehe oben Seite 39/40
5) Diese Schadensermittlung nach dem "Verzichtspreis" käme für die Berechnung des Ersatzes eines immateriellen Schadens bei einer Nichtlieferung von Konsumgütern in Frage.

Man könnte nun meinen, daß dieser Schaden fortfiele, wenn die Einheit des Gutes nicht mehr gekauft wird. Das ist jedoch nicht der Fall. Das zeigt sich z.B. bei den Gutseinheiten, die bisher schon am Ende der Bedarfsdeckungsskala standen (oder infolge der Preiserhöhung "abgestiegen" sind) und die nunmehr der Verkürzung der Bedarfsdeckungsskala zum Opfer fallen, ohne daß vor der Preiserhöhung nicht konsumierte Güter an ihre Stelle treten [1].

Erhöht man bei einer dieser Einheiten den Preis nur bis ganz wenig unter dem "Verzichtspreis", so tritt eine Benachteiligung wie bei einer Einkommensverringerung in Höhe dieses Mehrpreises ein. Diese Einheit wird dann noch gekauft, ist aber dann das letzte Gut in der verkürzten Bedarfsdeckungsskala.

Bei der weiteren geringen [2] Preiserhöhung bis zum Verzichtspreis "steigt" die Einheit des Gutes weiter "ab" und fällt der Verkürzung der Skala zum Opfer. Über den (der Skalaverkürzung entsprechenden) beschriebenen Einkommenseffekt hinaus tritt bei diesem "Grenzübertritt" selbst keine Veränderung des Nutzenniveaus ein, weil der Verbraucher, wenn man ihn zum Weiterkauf zum Verzichtspreis zwänge, statt der Einheit des verteuerten Gutes das nächste andere Gut am Ende der Skala kaufen würde; das aber hat einen nahezu völlig gleichen Nutzen pro DM.

Es bleibt daher bei dem Schaden, der durch die bis zum "Verzichtspreis" zu denkende Preisüberhöhung bei dieser einzelnen Gutseinheit eingetreten ist. Dieser Nutzenschaden erhöht sich jedoch nicht mehr bei weiteren Preiserhöhungen über den "Verzichtspreis" hinaus, da nunmehr die betreffende Einheit des verteuerten Gutes nicht mehr gekauft wird.

25 14 Substitution des verteuerten Gutes durch "alle" Güter und durch "ähnliche" Güter.

Daß der Nutzenschaden bei den nicht mehr gekauften Gutseinheiten nur die Höhe des Preisüberhöhungsschadens bis zu dem "Verzichtspreis" hat, zeigt sich besonders deutlich bei den Einheiten des verteuerten Gutes, die nicht ersatzlos der Verkürzung der Bedarfsdeckungsskala zum Opfer fallen, sondern durch andere vor der Preiserhöhung nicht gekaufte Einheiten anderer Güter ersetzt werden. Das ist immer dann der Fall, wenn mehr Gutseinheiten "absteigen", als der Verkürzung der Bedarfsdeckungsskala zum Opfer fallen können.

---

1) wichtig für das sog. "absolute" Monopol; siehe unten Seite 157 Anm 4

2) mathematisch: infinitesimalen.

Abstrahiert man zunächst aber davon, daß das verteuerte Gut durch bestimmte ("ähnliche") Güter ersetzt werden kann, so bedeutet die Substitution, daß statt der "abgestiegenen" Einheiten bisher außerhalb der Bedarfsdeckungsskala auf deren Verlängerung liegende Einheiten (oft) völlig andersartiger Güter aufrücken und zur Bedarfsdeckung benutzt werden.

Bei einer Preiserhöhung bis nur wenig unter dem "Verzichtspreis" tritt (bei den jeweiligen Einheiten) nur eine Benachteiligung der Verbraucher wie bei einer Einkommensverringerung in Höhe des Mehrpreises ein; beim letzten kleinen Schritt zum "Verzichtspreis""steigt "die am Ende der Skala stehende Einheit des verteuerten Gutes weiter "ab" und wird durch das in der verlängerten Skala zunächst folgende Gut ersetzt, sobald dieses andere Gut ein klein wenig mehr Nutzen pro Geldeinheit als das verteuerte hat.

Da beide Güter beim Verzichtspreis einen gleichen Nutzen pro Geldeinheit haben, wirkt sich die Ersetzung der beiden Güter durcheinander [1] auf das Nutzenniveau des Konsumenten nicht aus; es bleibt bei dem bis zum Verzichtspreis zu rechnenden Preisüberhöhungsschaden, der jedoch durch weitere Preiserhöhungen nicht mehr beeinflußt werden kann.

Im Anschluß an die obigen Überlegungen zur Nachfrage-Kurve [2] kann die Preisüberhöhung bis zum Verzichtspreis auch als Abschöpfung der Konsumentenrente angesehen werden. Die vor der Erhöhung gekaufte Menge des verteuerten Gutes war nämlich soviel mehr wert als eine entsprechende Menge des Ersatzgutes, daß der Konsument lieber die Preiserhöhung bis zum Verzichtspreis als das Substitut wählte.

In den weitaus meisten Fällen wird ein verteuertes Gut durch ähnliche, ungefähr das gleiche Bedürfnis befriedigende, Güter ersetzt. In der bisherigen Darstellung wirkte sich die Preiserhöhung - abgesehen von der Verkürzung der Bedarfsdeckungsskala - nur auf die Reihenfolge des Erwerbs von Gütern der Bedarfsdeckungsskala aus, für die unabhängig voneinander ein Bedürfnis besteht. Übrigens erwies sich dabei, daß wegen des "Absteigens" der einzelnen Einheiten des verteuerten Gutes auch die Substitution eines Gutes durch ein nicht ähnliches Gut, das der Befriedigung von weit anderen Bedürfnissen dient, denkbar ist [3].

---

1) Im System der Indifferenzkurven: der Substitutionseffekt.
2) siehe oben Seite 39/40
3) vgl. dazu unten Seite 157, 174 Anm 2

Die Substitution von "ähnlichen" Gütern geschieht jedoch nicht dadurch, daß das verteuerte Gut vom Ende der Skala nach außerhalb und das Ersatzgut von außerhalb von der verlängerten Skala auf den Endplatz der Skala überwechselt, sondern es werden auch im vorderen Teil der Skala befindliche Gutseinheiten durch gleichsam neben der Skala liegende Güter (die nur alternativ zur Bedürfnisbefriedigung geeignet sind) ersetzt. Denn durch die Preiserhöhung sinkt bei allen Einheiten des verteuerten Gutes der Nutzen pro Geldeinheit.

Denkt man sich die Erhöhung wiederum schrittweise vorgenommen, so steigt bei einem bestimmten Preis, dem "Verzichtspreis", der Nutzen pro Geldeinheit des Ersatzgutes über den gesunkenen Nutzen pro Geldeinheit des verteuerten Gutes. Sobald dies eintritt, wird das Ersatzgut an die Stelle des "abgestiegenen" verteuerten Gutes gestellt [1].

Das geschieht in der Regel bei den einzelnen auf die Bedürfnisskala verteilten Einheiten des verteuerten Gutes nicht zugleich bei einem, sondern bei verschiedenen Preisen, was zu einer geneigten Nachfragekurve [2] führt.

Es ist jedoch der Grenzfall denkbar, daß der Nutzenunterschied zwischen zwei Gütern bei allen Gutseinheiten nur in der Quantität einer Eigenschaft, z.B. im Heizwert verschiedener Heizölarten, gesehen wird [3]. In diesem Falle steigt bei einem bestimmten Preis [4] des einen Gutes bei allen Einheiten zugleich der Nutzen des Ersatzgutes über den des verteuerten Gutes, und es tritt vollständige Substitution ein.

Diesem Grenzfall steht auf der anderen Seite der schon beschriebene Grenzfall gegenüber, daß die Substitution überhaupt nicht durch ähnliche, neben der Skala liegende, sondern nur durch "alle" auf der verlängerten Bedarfsdeckungsskala folgenden Güter erfolgt. Die Fälle der Praxis liegen dazwischen [5].

---

1) Weitere geringe Verschiebungen in der übrigen Skala, etwa nach Art der oben auf Seite 86 beschriebenen, können vernachlässigt werden, da sie das Nutzenniveau kaum betreffen.
2) siehe oben Figur 1 Seite 44
3) bei "vertikalem Qualitätswettbewerb" im Sinne Abbotts (S. 146/147).
4) bei homogener atomistischer Konkurrenz wegen der Homogenität der Güter schon bei der geringsten Preiserhöhung.
5) Über die Bedeutung des Unterschieds vor allem unten Seite 156/57

Die Wirkung von Preiserhöhungen auf das Nutzenniveau ist jedoch in jedem Falle der Substitution gleich. Auch bei der Substitution einer Einheit durch "ähnliche" Güter tritt bis zu dem "Verzichtspreis" eine nutzenmäßige Benachteiligung wie bei einer Einkommensverringerung in Höhe des Mehrpreises ein; die Ersetzung der Güter durcheinander [1] bedeutet wiederum keine Änderung des Nutzenniveaus, da sich die Nutzen pro DM gleich sind; oberhalb des Verzichtspreises tritt kein Preisüberhöhungsschaden ein.

25 15 Der Preisüberhöhungs- und Verzichtsschaden als in Geldeinheiten ausgedrücktes Nutzenmaß.

Nach Betrachtung der Bedarfsdeckungsskala erweist es sich also als möglich, die gesamte Auswirkung einer Preiserhöhung auf die Bedürfnisbefriedigung der Konsumenten-Kunden, insbesondere auch den Verzichtsschaden bei Substitution, in dem Nutzenschaden einer entsprechenden Einkommensverringerung als Kaufkraftsverringerung zu quantifizieren. und an Hand der Nachfrage-Kurve des Konsumenten bildlich darzustellen.

Eine derartige Erfassung des Preisüberhöhungs- und Verzichtsschadens [2] unter dem gemeinsamen Gesichtspunkt des Nutzenschadens ist, soweit ersichtlich, bisher in der Literatur noch nicht erfolgt [3]; die genaue Bemessung eines Schadens ist ja auch eine typisch juristische Aufgabe, für die sich die Wirtschaftswissenschaft nicht besonders interessiert. Man stellt daher die Preisüberhöhung und die "Angebotsverkürzung" beziehungslos nebeneinander [4]. Man pflegt hierbei die Angebotsverkürzung ohne weitere Konkretisierung des Verzichtsschadens nur

1) im System der Indifferenzkurven: der Substitutionseffekt.
2) Gäbe es nicht den nur auf die Verkürzung der Skala zurückzuführenden Gutsverzicht (siehe oben Seite 90), so könnte man treffender von "Substitutionsschaden" sprechen.
3) Im System der Indifferenzkurven kennt man nur eine Beschreibung der Senkung des Nutzenniveaus ohne Unterscheidung nach Preisüberhöhungs- und Verzichtsschaden; der Substitutionseffekt selbst betrifft das Nutzenniveau ohnehin nicht (siehe oben Seite 91, 91 Anm. 1 und Seite 93, 93 Anm. 1)
4) vgl. Weintraub S. 146/47 ff.

als Ausdruck der Verschlechterung der Güterverteilung anzusehen, aber die genaue Auswirkung der Substitution auf den Konsumenten zu übersehen.

Bei hoher Substituierbarkeit und damit flacher Nachfrage-Kurve bzw. bei größeren Preisüberhöhungen (mit größerer Verringerung der Nachfrage) ist der Verzichtsschaden [1] jedoch, wie der Figur 4 [2] zu entnehmen ist, ziemlich beträchtlich: Er beträgt in der Regel (wenn die Nachfragekurve im Preisüberhöhungsbereich annähernd linear verläuft und daher die Fläche EPlGPm halbiert) ungefähr die Hälfte des Preisüberhöhungsschadens, der bei Weiterbezug der nicht mehr gekauften Menge eingetreten wäre.

Die Schwierigkeit der Messung des Preisüberhöhungs- und Verzichtsschadens in einer entsprechenden Einkommensverringerung besteht - abgesehen von der Ermittlung der Nachfragekurve - darin, den Nutzen dieser Einkommensteile bei den einzelnen Konsumenten zu messen und vor allem bei den verschiedenen Konsumenten in ein einheitliches Maß zu fassen.

Nun ist es in der Wirtschaftstheorie aber anerkannt, daß sich der Nutzen eines Gutes als völlig subjektive Erscheinung nicht messen läßt [3]; also läßt sich auch nicht der Nutzen der letzten Einkommensteile eines Konsumenten nach den letzten Gütern auf der Bedarfsdeckungsskala messen.

Es läßt sich nur unter Anwendung des 1. Gossenschen Gesetzes sagen, daß der Grenznutzen eines Einkommens ebenso wie der Nutzen der mit den letzten Einkommensteilen erworbenen Einheiten der Güter mit zunehmendem Einkommen sinkt [4].

---

1) Zu der Möglichkeit seiner Vernachlässigung unter bestimmten Umständen siehe unten Seite 116
2) Seite 88
3) Giersch S. 100,107.
4) siehe oben Seite 84/85

> Es läßt sich allenfalls noch eine Methode denken, mit der sich das Verhältnis der Grenznutzen verschiedener Einkommen einer Person messen läßt. Da der absolute Nutzen eines Gutes unabhängig vom Einkommen ist, müßte man bei einer Einkommensverringerung den Preis ermäßigen, wenn der Konsument weiter die gleiche Menge kaufen soll.
>
> Da der Nutzen pro Geldeinheit der letztgekauften Gutseinheit gleich dem Nutzen der letzten Einkommenseinheit ist, gibt die bei einer Einkommensverringerung zur Erhaltung der gleichen Absatzmenge erforderliche relative Preisermäßigung an, um wieviel der Grenznutzen des verringerten Einkommens relativ gestiegen ist.

Mangels der Meßbarkeit des Nutzens eines Einkommensteiles empfiehlt es sich, den Maßstab zur Messung der Nutzenschädigung durch eine Preiserhöhung in der entsprechenden Einkommensminderung selbst zu suchen.

Nun ist es aber gerade die Erkenntnis der Nutzentheorie, daß sich der Nutzen der ersten und letzten Einkommensteile nicht entsprechen. Dieser Unterschied wirkt sich jedoch bei der Bewertung einer Preiserhöhung kaum aus; denn in der Regel erfordert die einzelne Preiserhöhung - auch die bei lebenswichtigen Gütern - nur einen im Verhältnis zum Einkommen geringen Mehraufwand.

Daraus ergibt sich, daß sich die Wirkungen der Preiserhöhung, die in Einkommensänderungen zu denken sind, sich in einem kleinen Bereich des Einkommens abspielen, in dem sich die Nutzen der einzelnen Einkommensteile fast gleichen. Vernachlässigt man die geringen Unterschiede, so verhalten sich verschiedene Einkommensverringerungen zueinander wie die entsprechenden Verringerungen des Nutzenniveaus [1].

Diese Erkenntnis ermöglicht es, den durch eine Preiserhöhung eingetretenen Nutzenschaden (Preisüberhöhungs- und Verzichtsschaden) in Geldeinheiten

1) Keine Gleichung besteht jedoch zwischen dem Verhältnis von Nutzenniveau und Nutzenänderung und dem Verhältnis von entsprechendem Einkommen und entsprechender Einkommensveränderung; wichtig für die Bedeutung einer mißbräuchlichen Preiserhöhung: siehe unten Seite 121, 115 Anm 1

auszudrücken, nämlich in den entsprechenden Einkommensverringerungen; denn hiermit ist bei ein und derselben Person ein einheitliches Maß für den Preisüberhöhungs- und Verzichtsschaden bei Verteuerung aller möglichen Güter gefunden. Die notwendige Gleichbehandlung der verschiedenen Fälle des Monopolmißbrauchs [1] ist somit - zunächst erst einmal - bei ein und derselben Person gesichert.

25 16 Abstraktion von den unterschiedlichen Grenznutzen der Einkommen verschiedener Personen beim Preisüberhöhungs- und Verzichtsschaden.

Ein scheinbar nicht lösbares Problem der Messung des Nutzenschadens ist das des interpersonalen Vergleichs. Es erweist sich nämlich als unmöglich, den Nutzen eines Gutes bei der einen Person mit dem bei einer anderen Person zu vergleichen und mit einem gemeinsamen Maßstab zu messen [2], da der Nutzen subjektiv empfunden wird. Nicht einmal bei gleichem Familienstand und bei gleichem Einkommen pro Konsument sind Nutzenniveau und Grenznutzen der Einkommen verschiedener Personen gleich, da die Bedarfsdeckungsskalen nach Art und Zusammensetzung verschieden sind.

Unterstellt man gleiche Bedarfsdeckungsskalen, so ist der Grenznutzen des Einkommens bei verschiedenen Personen mit jeweils gleichem Einkommen gleich. Unter Anwendung des 1. Gossenschen Gesetzes ergibt sich aber, daß dieser Grenznutzen der Einkommen mit zunehmendem Einkommen sinkt [3]. Das bedeutet, daß eine Preisüberhöhung, da sie in einer entsprechenden Einkommensverringerung gemessen wird, Personen mit höherem Einkommen nutzenmäßig weniger benachteiligt als solche mit geringerem Einkommen und gleicher Bedarfsdeckungsskala.

1) siehe oben Seite 83
2) vgl. oben Seite 85 ; Giersch S. 100,107.
3) siehe oben Seite 85

Diese Tatsache ist auch für das Tatbestandsmerkmal "lebenswichtig" in § 2a Wirtschaftsstrafgesetz (WStG) bedeutsam; dort ist nämlich eine unangemessene Preisüberhöhung nur bei lebenswichtigen Gütern mit Strafe bedroht.

Das erscheint zunächst unbegründet; denn dem Konsumenten wird bei jeder Preisüberhöhung - bei welchem Gut auch immer - in Höhe des Mehraufwandes (genauer: des Preisüberhöhungs- und Verzichtsschadens) nur der Konsum der letzten in der Bedarfsdeckungsskala befindlichen Güter entzogen. Diese Güter haben aber einen relativ geringen Nutzen pro Geldeinheit. Lebenswichtige Güter sind hingegen in der Regel gerade Güter im vorderen Teil der Bedarfsdeckungsskala.

Wegen dieser Stellung machen diese Güter aber den größten Teil des Konsums ärmerer Personen aus. Preiserhöhungen bei diesen Gütern treffen daher diese mehr als Reiche; das hat seinen Grund in der verhältnismäßig großen Kürzung der kurzen Bedarfsdeckungsskala der Armen. Entscheidend aber ist - worauf es hier ankommt, - der relativ hohe Nutzen der letzten Einkommensteile von Personen mit geringem Einkommen.

Wegen der verschiedenen Grenznutzen der Einkommen müßte man also bei der Feststellung der Wirkungen einer Preisüberhöhung auf die optimale Bedarfsdeckung den Preisüberhöhungs- und Verzichtsschaden verschieden gewichten, je nach dem ob Personen mit höherem oder geringerem Einkommen betroffen sind [1].

Konsequenterweise müßte man aber auch die Verschiedenheiten der Auswirkungen der Preisüberhöhung berücksichtigen, die sich wegen der verschiedenen Zusammensetzung der Bedarfsdeckungsskalen ergeben. Denn aus zahlreichen Gründen wie z.B. unterschiedlicher Gesundheit oder unterschiedlichem Lebensstil sind die Grenznutzen verschiedener Personen auch bei gleichem Einkommen verschieden [2].

1) Zu der bei einem Straftatbestand wünschenswerten Einschränkung des Tatbestandes auf lebenswichtige Güter bestände dann allerdings kein Anlaß.

2) Hiervon abstrahiert aber schon das Steuerrecht, wenn es bei der Umverteilung durch die progressive Einkommenssteuer - abgesehen von gewissen "außergewöhnlichen Belastungen" - die Bedarfsstrukturen der Einzelnen bei gleichem Famlienstand gleichsetzt.

Das alles würde auch hier wieder die Einführung sozialpolitischer Gesichtspunkte in das Recht des Monopolmißbrauchs bedeuten [1]. Zwar wäre die Kartellbehörde bei Anwendung des § 22 GWB nicht verteilend tätig, sie würde jedoch ihr Einschreiten vom Einkommen und den Bedürfnissen der durch ein Monopol Benachteiligten abhängig machen. Das wäre, wie bereits gesagt, vor 5o oder mehr Jahren möglicherweise sinnvoll gewesen.

Mittlerweile ist jedoch ein umfassendes System der sozialen Einkommensumverteilung (und der Hilfe und Versicherung für den Bedarf bei besonderen Belastungen) entwickelt worden. Die Kartellbehörde hat sich daher sozialpolitischer Entscheidungen nicht nur bei der Bestimmung des "richtigen" Preises [2], sondern auch bei der Ermittlung des Maßes der Abweichung von der "richtigen" Regelung zu enthalten.

Das trägt vor allem wieder der anfangs [3] herausgestellten Forderung Rechnung, bei der Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen im Interesse der Rechtssicherheit möglichst wenige, klar umrissene maßgebliche öffentliche Interessen herauszuschälen. Die durch die Sozial- und Steuergesetze vorgenommene Umverteilung und Neuzuweisung der Einkommen ist daher als abschließende Regelung hinzunehmen.

Sämtliche Einkommensbezieher haben daher in gleicher Weise Anspruch auf Schutz vor Aufzehrung ihrer Einkommen durch Preisüberhöhung. Zumal da es außerdem an jeglichem Maßstab zur individuellen Gewichtung der Preisüberhöhungs- und Verzichtsschäden der einzelnen Konsumenten fehlt, muß man somit bei der quantitativen Erfassung der Wirkungen von Preiserhöhungen auf die optimale Bedarfsdeckung von dem je nach Person unterschiedlichen Grenznutzen der Einkommen abstrahieren.

1) vgl. oben Seite 41 ff
2) siehe oben Seite 42, 43
3) siehe oben Seite 23

Preisüberhöhungs- und Verzichtsschaden sind somit bei allen Konsumenten in Geldeinheiten, nämlich in den ihnen entsprechenden Einkommensverringerungen selbst, zu messen. Eine einheitliche Behandlung eines bestimmten Preisüberhöhungs- und Verzichtsschadens ist daher auch im interpersonalen Bereich möglich.

Daß andererseits eine Unterscheidung nach den (nutzenmäßig verschieden betroffenen) Armen und Reichen der heutigen Rechtsordnung nicht unbekannt ist, zeigt sich, wie bereits dargelegt, an § 2 a WStG, wonach nur die Preisüberhöhung bei lebenswichtigen Gütern bestraft wird. Hierbei muß jedoch berücksichtigt werden, daß die Vorläufer des WStG aus der Nachkriegszeit mit ihrer unzulänglichen Sozialordnung stammen, vor allem aber, daß im Strafrecht der Gesichtspunkt besonders verwerflicher Gesinnung einen besonderen Raum beanspruchen darf.

Gegen die hier vertretene Auffassung gibt es noch einen weiteren, mehr politisch orientierten Gesichtspunkt, daß nämlich eine Verteuerung von für ärmere Schichten bedeutsamen Gütern besonders zur Beunruhigung der Bevölkerung führt. Daß aber nicht alle möglichen Gesichtspunkte beim Mißbrauch nach § 22 IV GWB Berücksichtigung finden können, ergibt sich, wie bereits dargelegt, schon daraus, daß die Kartellbehörde auch bei Vorliegen von Mißbrauch wegen des "kann" in § 22 IV GWB über ein sogenanntes Entschließungsermessen [1] verfügt; daher ist auch § 22 III 2 GWB, wonach die Beurteilung der mißbräuchlichen Ausnutzung unter Berücksichtigung aller Umstände erfolgen soll, mit Zurückhaltung auszulegen [2].

Jedenfalls kann man sagen, daß die Beunruhigung der Bevölkerung bei Verteuerung lebenswichtiger Güter eine Frage der Opportunität behördlichen Einschreitens und daher ein Problem des in § 22 IV GWB eingeräumten Ermessens ist; von diesem Problem kann daher beim Mißbrauchsbegriff nach § 22 III GWB abstrahiert werden.

Als Ergebnis ist daher festzuhalten, daß die Einwirkung einer Preiserhöhung auf die Möglichkeit des Verbrauchers, sein Einkommen möglichst günstig zur Bedürfnisbefriedigung zu verwenden, bei § 22 III GWB allein in Geldeinheiten zu messen ist.

1) neben einem sog. Auswahlermessen bezüglich der Mittel.
2) vgl. oben Seite 43

Dieser Schaden besteht aus dem Preisüberhöhungsschaden in Höhe des Mehraufwandes für die weiter erworbenen Gutseinheiten und aus dem Verzichtsschaden bei den nicht mehr gekauften Einheiten vom Umfange des höchstmöglichen Mehraufwandes, den der Konsument für die jeweilige Gutseinheit zu zahlen bereit ist [1].

Man kann dieses Maß der Beeinträchtigung der Bedarfsdeckung durch Preisüberhöhung als relativ einfach bezeichnen; das liegt an dem Zusammenhang mit den in Geldeinheiten ausgedrückten Preisen. Schwieriger wäre dagegen z.B. die Umschreibung eines entsprechenden Maßes für den Monopolmißbrauch bei der Gestaltung der Qualität der Güter bzw. bei dem Vorschreiben von allgemeinen Geschäftsbedingungen [2].

25 17 Die praktische Ermittlung des Preisüberhöhungs- und Verzichtsschadens.

Die praktische Ermittlung des Preisüberhöhungs- und Verzichtsschadens bereitet gegenüber der Feststellung des "richtigen" Preises nur geringe Schwierigkeiten. Wenn man den tatsächlichen und den "richtigen" Preis und die tatsächlich abgesetzte Menge kennt, benötigt man "nur" [3] noch die Kenntnis des Verlaufs der Nachfrage-Kurve unterhalb des tatsächlichen Preises bis zum "richtigen" Preis.

Die Kenntnis der Nachfrage-Kurve ist aber auch Voraussetzung der Ermittlung des "richtigen" Preises: die - annähernde - Ermittlung der Nachfragekurve wurde in diesem Zusammenhang für durchführbar gehalten [4], zumal da sie auch die Grundlage der

1) Zum relativen Maß des Preisüberhöhungs- und Verzichtsschadens siehe unten Seite 115/16
2) Dazu unten Seite 184 ff
3) evtl. sogar Vernachlässigung des Verzichtsschadens; siehe unten Seite 116
4) siehe oben Seite 57

Preisgestaltung des Unternehmers ist. Wenn die mißbräuchliche Preisgestaltung auf einer neuerlichen Preiserhöhung beruht, läßt sich auch von der Reaktion der Abnehmer auf den Verlauf der Nachfrage-Kurve schließen.

Der Verlauf der Kurve zwischen tatsächlichem und "richtigem" Preis braucht wohl nicht im einzelnen ermittelt zu werden, da er nicht wesentlich vom linearen Verlauf in diesem Bereich abweichen dürfte [1]; wichtig dürfte in der Regel die Kenntnis der beim "richtigen" Preis abzusetzenden Menge, zugleich der optimalen Zuteilungsmenge, sein, da von ihrer Verringerung die Ermittlung des Verzichtsschadens abhängig ist. Diese Menge beim "richtigen" Preis kann ohne weitere Schwierigkeiten zusammen mit dem "richtigen" Preis ermittelt werden.

Wenn die Ermittlung des Preisüberhöhungs- und Verzichtsschadens, was die zugrundezulegenden tatsächlichen Daten angeht, auch nicht sehr genau sein kann, so ist sie doch ein bedeutender Fortschritt gegenüber der "Wertung", die sonst in der Literatur zur Bestimmung des Monopolmißbrauchs empfohlen wird [2].

Eine "Wertung" kann nämlich auch nur - mehr oder weniger bewußt - nach den hier zu erörternden Belangen und unter Zugrundelegung derselben - oft schwer zu findenden - tatsächlichen Werte erfolgen; ihr ermangelt es jedoch an Rechtssicherheit und Genauigkeit.

---

1) vgl. oben Seite 94
2) Bartholomeyczik im Gem.Komm. § 22 Anm. 82; vgl. oben Seite 1

25 2o Die Berücksichtigung der Wirkung der Preisüberhöhung auf die Zuteilung der Nominaleinkommen.

Das Maß der Abweichung von der "richtigen" Regelung ist möglicherweise jedoch nicht nur unter dem Gesichtspunkt der Verschlechterung der Bedarfsdeckung der Verbraucher als Abnehmer, sondern auch unter dem Gesichtspunkt der Veränderung der Zuteilung von Nominaleinkommen - vor allem infolge von sogenannten Monopolgewinnen - zu entwickeln.

Eine Berück-sichtigung von Gesichtspunkten einer gerechten Einkommenszuteilung wurde bei der Bestimmung des "richtigen" Preises abgelehnt [1]. Das geschah vor allem deshalb, weil bei dem Grenzkosten- bzw. Stückkostenpreis keine Monopolgewinne zu erwarten sind, weil die Korrektur der funktionalen Einkommensverteilung den Sozialgesetzen zu überlassen ist und weil schließlich ohnehin die Belange der optimalen Güterzuteilung beim Preisrecht in der Regel vor dem Ziel der gerechten Einkommensverteilung den Vorrang haben.

Hier jedoch ist die Abweichung von der beschriebenen "richtigen" Gesamtordnung der Bedarfsdeckung [2] zu erfassen; bei dem Maß der Abweichung könnte man daher - anders als beim "richtigen" Preis - die Beeinträchtigung sowohl der optimalen Güterzuteilung als auch der optimalen Einkommenszuteilung nebeneinander berücksichtigen.

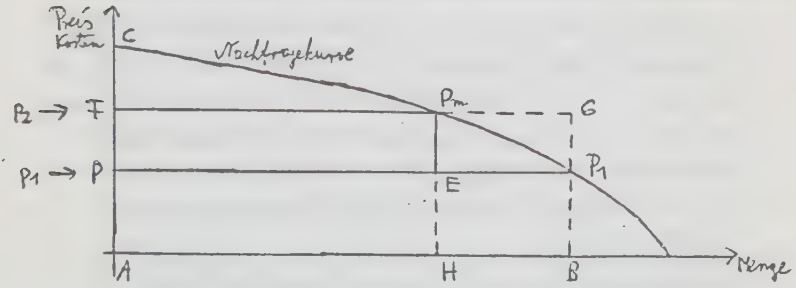
25 21 Der Preisüberhöhungs- und Verzichtsschaden als "Verschiebung" von Realeinkommen und als ersatzloser gesamtwirtschaftlicher Schaden.

Zwischen dem zusätzlichen Gewinn des marktbeherrschenden Unternehmens bei Preisüberhöhung und dem Preisüberhöhungs- und Verzichtsschaden besteht ein gewisser Zusammenhang. Jedoch ist von vornherein dem Irrtum vorzubeugen, der Gewinn des Monopolisten

1) siehe oben Seite 74-81
2) Zusammenfassend siehe oben Seite 74

entspreche dem Verlust der Abnehmerschaft; dies kann nach dem Bisherigen schon deshalb nicht stimmen, weil eine Abweichung vom "richtigen" Preis vorliegt; da dieser aber nach der optimalen Güterzuteilung, diese aber nach dem Nutzen und den Produktionskosten der Güter, bestimmt ist, muß auch ein Schaden der Abnehmer vorhanden sein, der niemandem zugute kommt.

Dieses kann an einem vereinfachten Fall einer Produktion in mehreren Anlagen ohne einmalige fixe Kosten dargestellt werden, bei der außerdem die Preise der Produktionsfaktoren nicht von der Nachfragemenge abhängig sind. In diesem Fall, der annähernd auch in der Wirklichkeit vorhanden sein kann, fallen langfristige Grenzkosten- und langfristige Stückkostenkurve zu einer Geraden zusammen [1]. Diese Gerade, deren Schnittpunkt mit der Nachfragekurve (P1 in Figur 5) die optimale Zuteilungsmenge und den "richtigen" Preis angibt [2], wird in Figur 5 durch die Gerade DP1 dargestellt.



Figur 5

Da diese Gerade zugleich die Stückkostenkurve ist, wird der Gewinn des Monopolisten beim erhöhten Preise P1 durch die Fläche DEPmF dargestellt. Der Gewinn ist um die Fläche EP1Pm geringer als die Verschlechterung der Bedarfsdeckung, die

1) siehe oben Anm. 1 Seite 53
2) Der Schnittpunkt der Nachfragekurve mit der langfristigen Grenzkostenkurve und der kurzfristigen Grenzkostenkurve bei "richtiger" Kapazität fallen zusammen; siehe oben Seite 53

(fiktiv ebenfalls in Geld) durch den Preisüberhöhungs- und Verzichtsschaden (Fläche DP1PmF) angegeben wird. Soweit also der "Aufzehrung" der Konsumenteneinkommen durch verringerte Bedarfsdeckung kein Gewinn gegenübersteht, liegt nicht nur eine "Verschiebung" von Realeinkommen zum Monopolisten, sondern ein gesamtwirtschaftlicher Schaden infolge Abweichung von der optimalen Güterzuteilung vor.

Dieses Ergebnis steht auch im Einklang mit den bisherigen Überlegungen zur optimalen Güterzuteilung. Die Gerade DP1 ist nämlich zugleich die langfristige Grenzkostenkurve. Daher gibt die Fläche EP1Pm zusammen für alle infolge der Preisüberhöhung nicht mehr zugeteilten Gutseinheiten den Unterschied zwischen dem (fiktiv) jeweils durch die Nachfragekurve angegebenen Vorteil der Zuteilung dieser Einheiten und den durch ihre Produktion [1] zusätzlich entstehenden Kosten (Grenzkosten) an [2]. Diese Differenz gibt die Konsumentenrente [3] an, die wegen der "Angebotsverkürzung" nicht genutzt wird.

Im vorliegenden Modell entspricht dieser gesamtwirtschaftliche Schaden EP1Pm genau dem Verzichtsschaden und der Gewinn DEPmF dem Preisüberhöhungsschaden in Figur 4 [4]. Das ist jedoch nur auf die Prämissen des Modells, nämlich die Annahme der gradlinigen Grenzkosten- und Stückkostenkurve, zurückzuführen.

In den meisten anderen Fällen ist der gesamtwirtschaftliche Schaden [5] noch weit größer als der

---

1) bei jeweils optimaler Kapazität.
2) Die Messung des gesamtwirtschaftlichen Schadens als Verringerung der Zuteilungsmenge wäre demgegenüber ungenau.
3) siehe oben Seite 40
4) Seite 88
5) allgemein gleich dem Integral zwischen der langfristigen Grenzkostenkurve und der Nachfragekurve im Bereich zwischen tatsächlichem und "richtigem" Preis.

Verzichtsschaden, da die Grenzkosten für die nicht mehr zugeteilte Menge in der Regel noch viel geringer als der für die Berechnung des Verzichtsschadens maßgebliche "richtige" Preis sind [1].

25 22 Geringer- oder Gleichgewichtung des Preisüberhöhungs- und Verzichtsschadens bei Monopolgewinnen.

Monopolgewinn [2] und gesamtwirtschaftlicher Schaden ergeben zusammen die Verschlechterung der Bedarfsdeckung, die durch den Preisüberhöhungs- und Verzichtsschaden in Geld angegeben wird [3]. Die Öffentlichkeit - und die frühere Gesetzgebung - neigt dazu, in der Gewinnerzielung auf Kosten anderer das Verwerfliche des Monopolmißbrauchs zu sehen, was z.B. in dem Wort "Ausbeutung" in den §§ 138 II BGB, 3o2 a und 3o2 b StGB zum Ausdruckt kommt [4].

Abgesehen von dem strafrechtlich bedeutsamen Moment der gewinnsüchtigen Gesinnung [5] ist die Gewinnerzielung selbst jedoch gerade nicht abzulehnen, sondern sogar als wertvoll zu bezeichnen, zumal da Gewinne der staatlichen Besteuerung im Interesse der Allgemeinheit unterliegen [6].

Eine negative Wirkung ist jedoch die dem Monopolgewinn entsprechende Verringerung des Niveaus der Bedarfsdeckung der Verbraucher; da dem jedoch die

1) Das gilt auch für Produktionen mit abnehmenden langfristigen Grenzkosten, da dort der "richtige" Preis nach den Stückkosten ermittelt wird; vgl. Figur 2 Seite 63
2) soweit nicht schon bei steigenden langfristigen Grenzkosten beim "richtigen" Preis geduldet; siehe oben Seite 77ff
3) Genau genommen sind noch - geringe - Veränderungen der Gewinn- und Faktoreinkommen der an der Produktion der Vorprodukte des Gutes beteiligten Unternehmer und Arbeitnehmer zu berücksichtigen. Dazu Anm. 2 Seite 108
4) vgl. Schönke-Schröder § 3o2 a Anm. 14.
5) zur Berücksichtigung subjektiver Gesichtspunkte bei § 22 III GWB siehe unten Seite 117ff
6) vgl. oben Seite 78 und Seite 78 Anm. 1

Gewinnerzielung gegenübersteht, handelt es sich insgesamt "nur" um eine Verschiebung von Werten, die nur eine Veränderung der realen Einkommenszuteilung bedeutet.

> Diese Wirkung auf die Einkommensverteilung ist jedoch keinesfalls vernachlässigungswürdig. Das gilt obwohl es bei der Bestimmung des "richtigen" Preises nicht auf Fragen der Einkommenszuteilung bzw. des Gesamtniveaus der Bedarfsdeckung der Verbraucher, sondern nur auf die wirtschaftlichste Güterzuteilung ankam; dieser optimalen Güterzuteilung nach dem "richtigen" Preis und der Einkommensumverteilung durch die Steuer- und Sozialgesetze waren nämlich verschiedene aufeinander abgestimmte Rollen bei der Sicherung einer gerechten Gesamtbedarfsdeckung zugewiesen [1].
>
> Probleme der Einkommenszuteilung blieben bei der Güterzuteilung vor allem auch deshalb unberücksichtigt, weil nur so der "richtige" Preis rechtssicher festgestellt werden kann und weil ja auch die Güterzuteilung auf dem Konkurrenzmarkt ohne die Berücksichtigung sozialer Belange erfolgt [2].
>
> Diese Gesichtspunkte gelten jedoch nicht mehr für das Maß der Abweichung von der "richtigen" Regelung. Insbesondere entfällt hier der Gesichtspunkt, bei der Bestimmung des "richtigen" Preises dürfe man nicht in die Sozialpolitik eingreifen. Denn bei der Preisüberhöhung wird ja in die staatliche Umverteilung eingegriffen; einen Ausgleich für diese Verringerung der Bedarfsdeckung des Verbrauchers infolge des Monopolpreises kann man jedoch kaum von der staatlichen Einkommensverteilung verlangen.
>
> Somit ist für die Bestimmung des Maßes der Abweichung von der "richtigen" Regelung die Verringerung des Gesamtniveaus der Bedarfsdeckung des Verbrauchers auch insoweit wesentlich, als ein Gewinn des Monopolisten vorliegt.

Die Tatsache der Gewinnerzielung kann bei der Mißbrauchsprüfung allenfalls als erleichternd, keinenfalls aber als erschwerend Beachtung finden. Geradezu umgekehrt liegt es bei dem Teil des Preisüberhöhungs- und Verzichtsschadens, dem kein Gewinn gegenübersteht. Hier handelt es sich nicht um eine

1) siehe oben Seite 74
2) siehe oben Seite 42

Verschiebung von Werten, sondern um einen (ersatzlosen) gesamtwirtschaftlichen Schaden. Daher ist die Tatsache, daß dem Preisüberhöhungs- und Verzichtsschaden zum Teil kein Monopolgewinn gegenübersteht, nicht als erleichternd, sondern allenfalls als erschwerend zu beachten.

Das Problem ist, ob und in welchem Umfange der Preisüberhöhungs- und Verzichtsschaden verschieden zu gewichten ist, je nach dem ob ihm ein Monopolgewinn gegenübersteht oder nicht. Abgesehen von dem Problem der rechtssicheren Ermittlung der Abweichung von der "richtigen" Regelung spricht die Auslegung des § 22 GWB gegen eine Beachtung des Umfanges der Gewinnerzielung bzw. des gesamtwirtschaftlichen Schadens.

§ 22 GWB in der Fassung vom 27.7.1957 dient nämlich in erster Linie dem Schutz der dem Monopolisten gegenüberstehenden Marktseite [1]; die Frage, ob die Benachteiligung der Gegenseite dem Monopolisten und damit in etwa der Gesamtwirtschaft zugute kommt oder nicht, ist demgegenüber zweitrangig. Das ergibt sich unter anderem auch aus dem Worte "Vertragsgegner" in § 22 III 1 Nr. 2 GWB und dem Hauptzweck des GWB nach der Begründung des Regierungsentwurfs, nämlich der Sicherstellung der "bestmöglichen Versorgung der Bevölkerung" [2].

Schließlich kann man hier bei der Herausbildung [3] des maßgeblichen öffentlichen Interesses noch berücksichtigen, daß der Grenznutzen der Einkommen [4] der von der Preisüberhöhung betroffenen Verbraucher in der Regel weit höher sein dürfte als der

---

1) Bartholomeyczik im Gem.Komm. § 22 Anm. 86; a.A. Frankf.Komm. § 22 Tz 46.
2) Bundestagsdrucksache II/1158 Anlage 1; A I.
3) Nachdem aber das maßgebliche öffentliche Interesse herausgebildet ist, soll ~~die~~ die quantitative Erfassung des Monopolmißbrauchs ohne die Berücksichtigung von Verteilungsgewichten erfolgen; siehe oben Seite 96 ff und Seite 42 ff
4) vgl. oben Seite 85 und Seite 96

des vermögenden Unternehmers; daraus ergibt sich, daß der mit dem Monopolgewinn zu erwerbende Nutzen weit geringer sein dürfte als der Nutzenverlust, den die Verbraucher durch den (in Geldeinheiten gleich hohen) Preisüberhöhungs- und Verzichtsschaden erleiden; das aber bedeutet, daß sich insofern die "Einkommensverschiebung" zum Teil auch als gesamtwirtschaftlicher Schaden auswirkt.

Aus alledem ergibt sich, daß für § 22 III GWB nur die Verringerung der Bedarfsdeckung der Verbraucher maßgeblich ist. Preisüberhöhungs- und Verzichtsschaden sind also nicht verschieden danach zu gewichten, ob ihnen ein Monopolgewinn oder ein gesamtwirtschaftlicher Schaden entspricht [1].

25 23 Die Berücksichtigung der Verringerung der Nominaleinkommen einiger Abnehmer infolge Preisüberhöhungen bei Produktionsmitteln.

Daß die Ermittlung des "richtigen" Preises bei Nichtkonsumgütern wie bei Konsumgütern in gleicher Weise (unter Zuhilfenahme der Nachfragekurve) erfolgen muß, wurde bereits dargelegt [2]. Ähnliches gilt für die Ermittlung des Maßes der Abweichung von der "richtigen" Regelung; das soll hier jedoch ebenfalls nur kurz skizziert werden.

Daß bei einer Preiserhöhung bei Produktionsmitteln für die Nachfrager dieser Vorprodukte und deren Abnehmer bis zum Konsumenten hin zusammen bezüglich der weiterhin gekauften Gutseinheiten ein Schaden in Höhe des Preisüberhöhungsschadens entsteht, ist leicht zu erkennen. Ebenso läßt sich aber auch in der oben beschriebenen Weise ein "Verzichtsschaden" bezüglich der nicht mehr gekauften Einheiten eines Nichtkonsumgutes nach der Nachfrage-

1) Ebenfalls sind die meist nur geringen Einwirkungen auf die Einkommensverhältnisse der Lieferanten der Vorprodukte des verteuerten Gutes und die Löhne der bei diesen beschäftigten Arbeitnehmer, die Einwirkungen also, die durdh die verringerte Produktion des Monopolisten entstehen, nicht zu berücksichtigen.

2) siehe oben Seite 48.

kurve ermitteln; denn auch hier läßt sich auf Grund des "Verzichtspreises" der dem Kaufverzicht bei der jeweiligen Einheit entsprechende Preisüberhöhungsschaden ermitteln [1].

Die Besonderheit bei überhöhten Preisen von Nichtkonsumgütern besteht jedoch darin, daß sich der - in Geld ausgedrückte - Preisüberhöhungs- und Verzichtsschaden nicht unmittelbar wie bei den Konsumgütern auf das Niveau der Bedarfsdeckung der Verbraucher auswirkt. Da die Nichtkonsumgüter aber Vorprodukte der Konsumgüter sind, wirken sich Preisüberhöhungs- und Verzichtsschaden zum Teil mittelbar über die Verteuerung der Vorprodukte bei den Konsumgütern als Verringerung des Niveaus der Bedarfsdeckung aus.

Zum übrigen Teil dürfte sich der Preisüberhöhungs- und Verzichtsschaden als Verringerung der Einkommen der Nachfrager nach den Nichtkonsumgütern auswirken (und auf deren Abnehmer, soweit sie nicht schon als Konsumenten berücksichtigt sind). Da jedoch § 22 GWB überhaupt auf den Schutz der den Monopolisten gegenüberliegenden Marktseite abgestellt ist, ist kein Unterschied zwischen der mittelbaren Wirkung auf die Zuteilung der Konsumgüter und der Wirkung auf die Zuteilung der Nominaleinkommen zu machen, zumal da beide der Bedarfsdeckung dienen.

Somit ist auch bei der Preisüberhöhung von Nichtkonsumgütern der Preisüberhöhungs- und Verzichtsschaden nach der Nachfragekurve für das Maß der Abweichung von der "richtigen" Regelung maßgeblich.

25 3o Die Berücksichtigung der Wirkung der Abweichung vom "richtigen" Preis auf die Lauterkeit des Wettbewerbs.

Die Abweichung vom "richtigen" Preis kann noch eine Beeinträchtigung anderer Belange als der bisher erörterten Beeinträchtigung der Bedarfsdeckung der Verbraucher zur Folge haben. Zu denken ist da vor allem an den Schutz der Mitwettbewerber vor unlauterem Behinderungswettbewerb, vor allem durch einen geringeren als den "richtigen" Preis.

1) vgl. oben Seite 87 4

Für die Frage nach der Maßgeblichkeit dieses Interesses für § 22 Abs. 3 GWB ist die Abgrenzung des GWB gegenüber dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) [1] entscheidend. Sollen die Generalklauseln in beiden Gesetzen noch eine rechtssichere Anwendung finden können, so sind ihnen, wenn sich keine besonderen Anhaltspunkte ergeben, verschiedene Schutzbereiche zuzuweisen. Daher ist der Lauterkeitsschutz neben der Sicherung der Bedarfsdeckung kein maßgebliches Interesse für die Anwendung von § 22 GWB [2]; das gilt, obwohl der Schutz durch das UWG wegen des fehlenden behördlichen Eingriffs- bzw. Klagerechts bisweilen unvollkommen ist.

Diese Auslegung ergibt sich auch aus dem Bestreben des Gesetzgebers, die Eingriffsbefugnisse nach § 22 GWB in der Fassung vom 27.7.1957 vom Vorliegen bestimmter engumschriebener Tatbestandserfordernisse (Mißbrauch bei der Gestaltung von Preisen usw.) abhängig zu machen, die nicht gerade auf den Lauterkeitsschutz abgestellt sind. Bekanntlich hatte ja auch der Vorschlag des Bundesrates [3], einen generellen Tatbestand des Monopolmißbrauchs zu schaffen, sich gegenüber dem Regierungsvorschlag nicht in der Fassung des Gesetzes vom 27.7.1957 durchgesetzt. Daß im übrigen die Forderung nach Berücksichtigung aller Umstände in § 22 III 2 GWB einschränkend auszulegen ist, wurde bereits mehrfach dargelegt [4].

---

1) und verwandten Vorschriften des GWB wie vor allem § 26 I und § 26 II GWB.
2) Bartholomeyczik im Gem.Komm. § 22 Anm. 95; vgl. aber Koenigs S. 1o48.
3) Gem.Komm. 1. Auflage; Materialien S. 1136, 1190 und Bartholomeyczik im Gem.Komm. § 22 Anm. 76.
4) siehe oben Seite 43 und Seite 99.

25 40 Die Berücksichtigung der Wirkung der Abweichung vom "richtigen" Preis auf die Zunahme der Monopolisierung des Marktes.

Wegen der Zielsetzung des GWB, den Wettbewerb zu erhalten, ist schon eher daran zu denken, das Maß der Abweichung von der "richtigen" Regelung auch danach zu beurteilen, wieweit von dem überhöhten (bzw. zu geringen) Preis Wirkungen auf die Marktstruktur ausgehen, ob insbesondere der tatsächliche Preis zu einer stärkeren Monopolisierung des Marktes führt [1].

Die stärkere Monopolisierung des Marktes kann von einem überhöhten Preis ausgehen, z.B. dann, wenn die Monopolgewinne zu einer Verstärkung der Marktposition, etwa durch das Aufkaufen von Konkurrenzunternehmen, Verwendung finden sollen. Größere Beachtung findet in der Literatur jedoch die monopolisierende Wirkung, die von einer Preisunterbietung, also von einer Unterschreitung des "richtigen" Preises, ausgehen kann.

So soll nach Fikentscher [2] und Bartholomeyczik [3] eine Preisunterbietung dann unter § 22 III GWB fallen, wenn sie auf die Ausschaltung von Konkurrenten und damit auf eine weitere Monopolisierung des Marktes gerichtet ist. Die beiden Autoren betrachten diesen Fall des Behinderungswettbewerbes ebenfalls nicht, wie man es sonst zunächst tut, unter dem Gesichtspunkt des Lauterkeitschutzes; denn der Lauterkeitsschutz ist nicht Aufgabe des GWB [4]; die Preisunterbietung zum Zwecke der Ausschaltung von Wettbewerbern gehe jedoch infolge des Monopolisierungseffektes "letzten Endes" [5] zu Lasten der durch § 22 GWB zu schützenden [6] Marktgegenseite

1) so vor allem Bartholomeyczik im Gem.Komm. § 22 Anm. 86 und 95.
2) Fikentscher, Die Preisunterbietung S. 211 Nr. c, vgl. Fikentscher, Wettbewerb ... S. 269.
3) Bartholomeyczik im Gem.Komm. § 22 Anm. 95,86.
4) siehe oben Seite 110
5) Fikentscher, Die Preisunterbietung S. 211 Nr. c, vgl. Fikentscher, Wettbewerb... S. 269.
6) Fikentscher, Die Preisunterbietung S. 211 Nr. c, vgl. Fikentscher, Wettbewerb ... S. 269.

Ein Einschreiten nach § 22 III, IV GWB in der Fassung vom 27.7.1957 gegen Preisunterbietungen eines marktbeherrschenden Unternehmens kommt jedoch nicht in Frage. Es erscheint nämlich fraglich, ob die Unterbietung überhaupt auf dem Mißbrauch der marktbeherrschenden Stellung beruhen kann [1]. Denn zur Unterbietung eines Marktpreises bedarf es keiner besonderen Marktposition; entscheidend ist vielmehr eine finanzielle Überlegenheit zur Finanzierung der Unterbietung [2]. Diese finanzielle Überlegenheit kann allerdings auf der Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Markt für ein anderes Gut beruhen; diese Monopolstellung kann jedoch bei § 22 GWB nicht als Ursache für die Unterbietung berücksichtigt werden, da der mißbräuchliche Preis nach dem Gesetz für das Gut gefordert werden muß ("diese Waren"), für dessen Absatz die marktbeherrschende Stellung besteht.

Als mißbräuchliche Preisgestaltung nach § 22 GWB kommt daher wohl nur eine Preisüberhöhung in Frage. Es ist allerdings zu überlegen, ob das Maß der Abweichung vom "richtigen" Preis auch danach zu bestimmen ist, ob der Monopolgewinn zu einem gleichzeitigen Ausschaltungswettbewerb auf einem anderen Markt, zu einer späteren Preisunterbietung bei demselben Gut oder evtl. zum Aufkaufen von Konkurrenzunternehmen benutzt werden könnte.

Die Verhinderung derartiger mittelbarer Wirkungen auf die Marktstruktur ist jedoch kein maßgebliches öffentliches Interesse bei der Bestimmung des Monopolmißbrauchs. Denn, wie Fikentscher selbst sagt, steht bei § 22 GWB der Schutz der Kunden des marktbeherrschenden Unternehmens im Vordergrund [3]. Daß diese "letzten Endes" durch den Monopolisierungseffekt des Ausschaltungswettbewerbs

1) Frankf.Komm. § 22 Tz 42.
2) Frankf.Komm. § 22 Tz 42.
3) Fikentscher, Die Preisunterbietung S. 211 Nr. c.

beeinträchtigt werden können [1] reicht für § 22 III GWB jedoch nicht aus, da sich jedes Marktgeschehen "letzten Endes" auch auf die Marktstruktur auswirkt. Fikentscher [2] kann sich schließlich auch nicht auf die Forderung nach "Berücksichtigung aller Umstände" (§ 22 III 2 GWB) berufen, da diese Vorschrift, wie dargelegt [3], einschränkend auszulegen ist.

Gegen eine Berücksichtigung der Wirkung der Abweichung vom "richtigen" Preis auf Monopolisierung des Marktes spricht schließlich vor allem die Tatsache, daß es kaum möglich ist, die nachteilige Wirkung auf die Marktstruktur zu erfassen. Denn es hat sich, wie bereits dargelegt, ergeben, daß nicht jedes Monopol schädlich, sondern manche sogar notwendig sind [4]. Die Mißbrauchsprüfung müßte daher schwierige wirtschaftspolitische und betriebswirtschaftliche Überlegungen beinhalten, wenn man eine von dem tatsächlichen Preis ausgehende Zunahme der Monopolisierung des Marktes berücksichtigen wollte; das aber müßte auf Kosten der Rechtssicherheit gehen.

Diesen Schwierigkeiten hat das GWB selbst Rechnung getragen, indem es außer in den §§ 23/24 GWB keinerlei Vorschriften gegen das Entstehen von marktbeherrschenden Stellungen vorgesehen hat [5], ja sogar in den am ehesten erfaßbaren und bedenklichsten Fällen der Fusion nur die wirkungslosen Anmelde- und Verhandlungspflichten der §§ 23/24 GWB aufstellte.

Dieser Entscheidung des Gesetzgebers, gerade auch bezüglich des wichtigen Falles der Monopolent-

1) Fikentscher, Die Preisunterbietung S. 211 Nr. c.
2) Fikentscher, Die Preisunterbietung S. 211 Nr. c.
3) siehe oben Seite 43, 99, 110
4) siehe oben Seite 63, 69
5) außer mit gutem Grund gegen die Kollektivmonopole, die Kartelle; siehe unten Seite 194

stehung, würde es widersprechen, wollte man gerade in § 22 III, IV GWB unter anderem eine Vorschrift gegen das Entstehen von Monopolen sehen. Da § 22 GWB nur Mißbräuche von marktbeherrschenden Unternehmungen bekämpft, bestände dann nämlich vor allem ein Schutz gegen die Verstärkung von Monopolen, jedoch nicht gegen ihre Entstehung.

§ 22 GWB ist also nur auf bestimmte Fälle des Monopolmißbrauchs zugeschnitten, nämlich die der Beeinträchtigung der Bedarfsdeckung. Die schädliche Einwirkung auf die Bedarfsdeckung (Preisüberhöhungs- und Verzichtsschaden) wird jedoch, wie noch auszuführen sein wird, nur insoweit berücksichtigt, als sie auf einer Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung beruht [1].

1) siehe unten Seite 122

26 oo Das Verhältnis des Preisüberhöhungs- und Verzichtsschadens zum Gesamtumsatz des Gutes als Mißbrauchsmaß.

Soll nun das Maß der Abweichung von der "richtigen" Regelung festgestellt werden, so muß man die Summe des Preisüberhöhungs- und Verzichtsschadens ins Verhältnis zur Bedarfsdeckung der Verbraucher beim "richtigen" Preis setzen.

Der Preisüberhöhungs- und Verzichtsschaden gibt für alle Verbraucher des bestimmten Gutes in Geld die Minderung des Niveaus der Bedarfsdeckung an, die eine Einkommensverringerung von gleichem Umfange bei den Verbrauchern herbeiführen würde.

Es liegt daher nahe, das Gesamtniveau der Bedarfsdeckung der betroffenen Verbraucher als Bezugsgröße für die Mißbrauchsprüfung zugrunde zu legen, nämlich das gesamte zum Konsum verwandte Einkommen dieser Verbraucher. Der Vergleich des Preisüberhöhungs- und Verzichtsschadens mit dieser Gesamtkonsumsumme könnte vielleicht ausdrücken, in welchem Maße das Niveau der Bedarfsdeckung bei den betroffenen Verbrauchern durch die Preisüberhöhung gesenkt worden ist [1].

Ein spürbares Maß der Abweichung von der richtigen Regelung würde sich aber nur dann ergeben, wenn für das betreffende Gut ein relativ großer Teil der Gesamtkonsumsumme aufgewandt würde. Das Maß der Abweichung von der "richtigen" Regelung hinge also von der Umsatzhöhe für das Gut ab. Ein solches Maß ist abzulehnen, da von jedem Produzenten der gleiche Beitrag zur Erhaltung der optimalen Bedarfsdeckung zu verlangen ist [2].

1) Da jedoch der Grenznutzen der Einkommen mit zunehmender Höhe sinkt (siehe oben Seite 85 und Seite 96), müßten bei der Bestimmung des kritischen Mißbrauchsmaßes (siehe unten Seite 120/21) Preisüberhöhungs- und Verzichtsschaden geringer als die Gesamtkonsumsumme gewichtet werden, da sie auf den Nutzen der letzten Einkommensteile bezogen sind, vgl. Anm. 1 Seite 95

2) Die Bedeutung des gesamten Umsatzes des Gutes ist allenfalls eine Frage des in § 22 IV GWB eingeräumten Entschließungsermessens.

Daher ist der Preisüberhöhungs- und Verzichtsschaden nur mit dem Teil der Gesamtkonsumsumme zu vergleichen, der auf dieses Gut entfällt. Das Maß der Abweichung von der "richtigen" Regelung wird demnach unter dem Gesichtspunkt der Verschlechterung der Bedarfsdeckung durch das Verhältnis von Preisüberhöhungs- und Verzichtsschaden (Fläche DP1PmF in Figur 4 [1]) zu dem gesamten Umsatzverlös für das Gut beim "richtigen" Preis (Fläche ABP1D in Figur 4) ausgedrückt.

Diese Verhältniszahl wäre, wenn alle Einheiten weitergekauft würden, gleich dem relativen Maß der Preiserhöhung [2]; sie ist jedoch geringer, da ein Teil der Gutseinheiten nicht mehr gekauft wird [3] dieser Effekt ist umso größer, je "flacher" die Nachfragekurve ist und je höher die Preisüberhöhung ist [4].

In der Praxis wird es oft, vor allem bei geringen Preiserhöhungen erlaubt sein, die Besonderheit des Verzichtsschadens zu vernachlässigen und der Mißbrauchsprüfung die prozentuale Preisüberhöhung zugrunde zu legen. Dieses vereinfachte Mißbrauchsmaß ist aber dennoch ein Ausdruck der Veränderung des Niveaus der Bedarfsdeckung. Weil dieses - und die Notwendigkeit der Abstraktion von anderen Interessen wie der gerechten Einkommensverteilung - nachzuweisen war, haben die bisherigen eingehenden Untersuchungen zur Abweichung von der "richtigen" Regelung auch für dieses vereinfachte Mißbrauchsmaß ihre Bedeutung.

---

1) Seite 88
2) vgl. Fläche DEPmF mit Fläche AHED in Figur 4.
3) vgl. Fläche EP1Pm mit Fläche HBP1G in Figur 4.
4) siehe oben Seite 94

27 oo Die Berücksichtigung subjektiver Gesichtspunkte beim Mißbrauchsmaß.

Es bleibt schließlich noch die Frage, von welchem Prozentsatz an ein Monopolmißbrauch anzunehmen ist. Zuvor ist jedoch zu prüfen, ob außer dem für die Mißbrauchsprüfung als allein maßgeblich erklärten - objektiven - Preisüberhöhungs- und Verzichtsschaden noch subjektive Merkmale für den Tatbestand des Monopolmißbrauchs zu beachten sind.

So ist es z.B. nach Ansicht des Frankfurter Kommentars erforderlich, daß der Unternehmer die Tatumstände, die zum Monopolmißbrauch führen, kennt [1]. Diese Ansicht beruht darauf, daß dieser Kommentar den Monopolmißbrauch als sittenwidriges Verhalten im Sinne der §§ 826 und 138 BGB ansieht [2]. Diese Kennzeichnung des Monopolmißbrauchs müßte insbesondere auch dazu führen, das Maß des Gewinnstrebens wie beim Tatbestand des Wuchers [3] auch bei § 22 III GWB zu berücksichtigen.

Die Gleichsetzung von Monopolmißbrauch und sittenwidrigem Verhalten eines Monopolisten widerspricht dem bisher verfolgten Ziel, bei der Auslegung von § 22 III GWB die maßgeblichen öffentlichen Interessen herauszuschälen. § 138 I BGB und § 826 BGB stellen nämlich die allgemeinsten Vorschriften zur "Richtigkeitskontrolle" von Verträgen und sonstigem Verhalten dar [4]; sie sind die letzten, subsidiären, Hilfsmittel zur Durchsetzung der Gemeinwohlforderung im Privatrecht. [5]

Daraus ergibt sich, daß bei der Frage nach den guten Sitten bei der Anwendung der §§ 138

1) Frankf.Komm. § 22 TZ 49; a.A. Bartholomeyczik im Gem.Komm. § 22 Anm. 84.
2) Frankf.Komm. § 22 Anm. 45 u. 5o; a.A. Bartholomeyczik im Gem.Komm. § 22 Anm. 84.
3) Schönke-Schröder § 3o2 a Anm. 14.
4) vgl. Reinhardt S. 124,133,136.
5) vgl. oben Seite 16 ff und vgl. das § 138 BGB entsprechende Institut der "public polycy" im amerikanischen Recht (vgl. von Hippel S. 4o).

und 826 BGB zahlreiche Belange und nicht nur wenige maßgebliche öffentliche Interessen [1] Berücksichtigung finden. Die Rechtsprechung hat als einzigen faßbaren Maßstab für die guten Sitten das Rechtsgefühl aller anständig und vernünftig Denkenden zugrundegelegt; bei diesem Rechtsgefühl aber finden subjektive Verhaltensmerkmale wie vor allem die Gesinnung des zu Beurteilenden Berücksichtigung.

Je weiter jedoch ein Tatbestand, der in die Handlungsfreiheit ordnend eingreift, spezialisiert und je genauer er ausgestaltet ist, desto weniger Interessen sind maßgeblich und desto weniger sind subjektive Unrechtsmerkmale, insbesondere die Gesinnung, bei der Eingrenzung des Tatbestandes notwendig.

Das Zurücktreten subjektiver Merkmale zeigt sich schon an der polizeilichen Generalklausel, der allgemeinsten Vorschrift zur Durchsetzung des Gemeinwohls [2] im öffentlichen Recht [3]. Danach reicht allein die objektive Gefahr zum Eingriff [4] aus, nämlich das Eintreten oder die Möglichkeit der Beeinträchtigung eines (im öffentlichen Interesse schützenswerten) Rechtsgutes.

---

1) siehe oben Seite 2/3.
2) Nach Drews-Wacke S. 73 stellt die "öffentliche Ordnung", die subsidiär neben der öffentlichen Sicherheit in § 14 prPVG geschützt wird, den Inbegriff aller (ungeschriebenen) zur Erhaltung des Gemeinschaftslebens erforderlichen Normen dar. § 14 prPVG dient also unmittelbar dem Gemeinwohl und ist damit nach dem maßgeblichen Schutzziel - abgesehen von der Berücksichtigung subjektiver Unrechtsmerkmale - den §§ 138 und 826 BGB nahe verwandt.
3) Nach Baur, Der polizeiliche Schutz privater Rechte (in Juristenzeitung 1962 S. 73-78) reicht § 14 prPVG als Ermächtigungsgrundlage auch in Privatrechtsverhältnisse. Es besteht jedoch - außer in Eilfällen - der Zuständigkeitsvorrang der Zivilgerichte.
4) Drews-Wacke S. 207 ff und S. 233 ff.

Das Kartellrecht leitet seinen Ursprung wie die gesamte staatliche Eingriffsverwaltung vom Polizeirecht her [1) 1a)]. Das zeigt sich noch an der Kartellverordnung von 1923; damals galt für die Kartellkontrolle - wie jetzt für § 22 GWB - das Mißbrauchsprinzip. Nach § 4 der Kart.VO lag ein mißbräuchliches Kartell bei einem (objektiven) Verstoß gegen das Gemeinwohl vor. Es liegt daher nahe, auch den gegenüber § 14 prPVG sehr spezialisierten Tatbestand des § 22 GWB erst recht ohne Berücksichtigung subjektiver Unrechtsmerkmale anzuwenden.

Im Bisherigen hat sich erwiesen, daß es möglich ist, die für den Eingriff des Bundeskartellamtes nach § 22 GWB maßgeblichen Interessen herauszuschälen. Man kann allerdings im einzelnen anderer Ansicht sein; so kann man etwa doch die Berücksichtigung der verschiedenen Grenznutzen der Einkommen bei der Ermittlung des "richtigen" Preises [2)] und des Preisüberhöhungs- und Verzichtsschadens [3)] oder eine besondere Berücksichtigung des gesamtwirtschaftlichen Schadens bei der Abweichung von der "richtigen" Regelung [4)] verlangen. Jedenfalls sind aber die sehr allgemeinen und unpräzisen Überlegungen zu den §§ 138 und 826 BGB bei der Anwendung des § 22 GWB unangebracht [5)].

Würde man nämlich von den §§ 138 und 826 BGB ausgehen, so wäre § 22 GWB nicht viel mehr als eine Zuständigkeitsvorschrift. Es bestände nämlich nur

---

1) wenngleich der § 1 GWB dem Privatrecht angehört, weil die Nichtigkeitserklärung hiernach kraft Gesetzes vor sich geht und nur im richterlichen Spruch und nicht durch eine Verwaltungsbehörde durchgesetzt wird (vgl. Wolff § 22 II c).

1a) Isay-Tschierschky S. 99 ff; vgl. Drews-Wacke S. 119,556.

2) vgl. oben Seite 42 ff.

3) vgl. oben Seite 96 ff.

4) vgl. oben Seite 1o5.

5) ebenso Bartholomeyczik im Gem.Komm. § 22 Anm. 84.

neben der zivilgerichtlichen Zuständigkeit bei der Anwendung des BGB eine kartellbehördliche Zuständigkeit für die Bekämpfung des durch ein Monopol ermöglichten sittenwidrigen Verhaltens.

Wegen der Allgemeinheit der sowohl in den §§ 138 und 826 BGB als auch in § 14 prPVG maßgeblichen Belange käme § 22 GWB als verwaltungsbehördliche Eingriffsermächtigung zugleich im wesentlichen (wieder) der polizeilichen Generalklausel gleich.

Die polizeiliche Generalklausel ist jedoch gegenüber Sondergesetzen eine subsidäre Ermächtigungsgrundlage [1]; sie hat auch nur eine subsidäre Aufgabe; denn jede sondergesetzliche Regelung kann durch Einschränkung der maßgeblichen Interessen ein höheres Maß an Rechtssicherheit bieten und daher auch die Wirksamkeit der Regelung verstärken.

Das bedeutet, daß auch für § 22 GWB nur die im bisherigen herausgebildeten öffentlichen Interessen maßgeblich sind; weitere Gesichtspunkte, insbesondere die Kenntnis und die Gesinnung des Monopolisten, sind unbeachtlich.

28 oo Hinweis auf das kritische Maß des Monopolmißbrauchs nach § 22 III GWB.

Die Feststellung, ob ein Monopolmißbrauch nach § 22 III GWB vorliegt, hängt damit allein von dem Prozentsatz ab, der das Verhältnis des durch Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung entstandenen Preisüberhöhungs- und Verzichtsschadens zum Umsatzerlös beim "richtigen" Preis ausdrückt.

Von welchem Prozentsätz ab allgemein ein Monopolmißbrauch anzunehmen ist, das festzustellen, ist nicht mehr die Aufgabe dieser Untersuchung über die Meßbarkeit des mißbräuchlichen Verhalten [2]. Die Festlegung dieser Grenze wird auch wohl weiteren

1) Drews-Wacke S. 1o9 ff, 141 ff.
2) siehe oben Seite 1

Untersuchungen und vorerst der richterlichen "Wertung", also einer mehr oder weniger rationalen Entscheidung, überlassen bleiben müssen. Eine so schlichte Entscheidung, wie sie z.B. das preußische Allgemeine Landrecht [1] mit der "Verletzung über die Hälfte" bei der sogenannten laesio enormis traf, wird es jedenfalls nicht sein [2].

Das hier entwickelte Monopolmaß ermöglicht es aber immerhin, einen einheitlichen Prozentsatz für das Mißbrauchsmaß festzulegen und damit eine Gleichbehandlung der verschiedenen Fälle zu sichern.

Vielleicht kann man erwarten, daß die Rechtsprechung bei einer Überschreitung des "richtigen" Preises [3] um 2o oder 3o % den Mißbrauch für gegeben hält.

Entscheidend für die Bestimmung des kritischen Prozentsatzes für den Monopolmißbrauch sind vor allem die beiden Gesichtspunkte, die für die Rechtfertigung der Vertragsfreiheit bedeutsam sind [4]: Erstens: Da der Eingriff nach § 22 III, IV GWB die freie Entscheidung ersetzt, wird die Entfaltung der Persönlichkeit beeinträchtigt [5]; schon deshalb kann nur ein höheres Maß von "Unrichtigkeit" den Eingriff rechtfertigen. Dabei ist zu berücksichtigen, daß der Grenznutzen der letzten - vorenthaltenen - Einkommensteile geringer als die Grenznutzen der behaltenen Einkommensteile ist [6], daß also eine Preisüberhöhung den Konsum der wichtigsten Güter mit ihrem hohen Nutzen pro DM nicht antastet [7].

Zweitens:

Die hoheitliche Feststellung des "Richtigen" ist sehr unvollkommen, so hier die Ermittlung des "richtigen" Preises; da also in der Regel dem Vertrags-"mechanismus" - einen solchen gibt es beschränkt

---

1) 1. Teil 11. Titel § 59.
2) vgl. Raiser, Vertragsfunktion ...S. 129.
3) bei genauerer Feststellung: Verhältnis von Preisüberhöhungs- und Verzichtsschaden zum Umsatzerlös beim "richtigen" Preis; s. oben Seite 116.
4) siehe oben Seite 18 ff.
5) siehe oben Seite 2o/21.
6) siehe oben Seite 95 Anm. 1 und Seite 115 Anm. 1.
7) Vgl. oben Seite 97.

auch beim Monopol - eine größere "Richtigkeitsgewähr" zuzutrauen ist [1], besteht nur bei einem höheren Maß der Abweichung von der "richtigen" Regelung Veranlassung zum Eingriff (nach § 22 III, IV GWB), d.h. nur bei "offenbar grob unrichtigem Ergebnis" [2] des Vertragsabschlusses. Allerdings sollte man für den Mißbrauch nach § 22 III GWB nicht mehr als das für den Wucher erforderliche "auffällige Mißverhältnis" von Leistung und Gegenleistung verlangen.

Die vorgeschlagene zurückhaltende Handhabung der Mißbrauchskontrolle nach § 22 III, IV GWB entspricht dem Grundsatz des heutigen Wirtschaftsrechts, das Gewicht mehr auf das Wirtschaftsverfassungsrecht zu legen, statt unmittelbar das justum pretium zu verwirklichen [3].

1) siehe oben Seite 15, 34/35; Schmidt-Rimpler S. 169.
2) Schmidt-Rimpler S. 157 (158) Anm. 34 Nr. b.2.
3) Raiser, Vertragsfunktion S. 131.

30 oo Die Quantifizierung der Marktbeherrschung im Sinne von § 22 I GWB.

31 oo Monopolstellung und Preisüberhöhung.

Die Abweichung von der "richtigen" Regelung führt, auch wenn sie den behandelten, einen Eingriff rechtfertigenden, Umfang hat, nur dann zu Maßnahmen des Bundeskartellamtes nach § 22 III, IV GWB, wenn sie unter Ausnutzung einer bestimmten eng umschriebenen Marktstruktur, nämlich einer marktbeherrschenden Stellung des Unternehmens im Sinne des § 22 I GWB, erreicht wurde. Denn eine Preiskontrolle sollte angesichts ihrer Schwierigkeiten und Ungenauigkeiten auf die wichtigsten Fälle beschränkt sein.

Dieses zusätzliche Tatbestandsmerkmal bedeutet, daß die marktbeherrschende Stellung ursächlich für die Preisüberhöhung sein muß und daß der Preisüberhöhungs- und Verzichtsschaden auch nur insoweit bei der Mißbrauchsprüfung zu beachten ist, als er durch die marktbeherrschende Stellung verursacht ist. Mit der Bestimmung der marktbeherrschenden Stellung tritt neben das auf den Individualschutz abgestellte Mißbrauchsmaß ein Strukturmaß [1], eine Unterscheidung, die für die Erfassung der Kartellaußenwirkungen sehr wesentlich ist.

Die Bestimmung der marktbeherrschenden Stellung nach § 22 I GWB hat sich in der Literatur als sehr schwierig erwiesen. Daher wurde in dieser Untersuchung der Monopolmißbrauch nicht von dem mißbrauchten Recht bzw. der mißbrauchten Position hergeleitet, sondern es wurde die Erörterung des Maßes der mißbräuchlichen Preisgestaltung vorangestellt; denn dadurch ist es möglich, das Monopol selbst nach den für seine Kontrolle maßgeblichen Belangen zu bestimmen [2].

1) eingehend dazu unten Seite 177 ff
2) vgl. oben Seite 91/b

Wenn nämlich der Vertrag ein Mittel zur "richtigen" Regelung ist, dann muß zunächst Klarheit über die "richtige" Regelung bestehen. Erst anschließend kann man die verschiedenen Marktstrukturen danach beurteilen, ob bei ihnen der"Mechanismus"des Vertrages funktioniert. Die genauere Interpretation des Wortlautes des § 22 I GWB sollte erst abschließend erfolgen.

31 lo Durch Monopol verursachte Preisüberhöhung und unangemessener Preis infolge Mangellage.

Da § 22 GWB nur die Preisüberhöhung infolge marktbeherrschender Stellung bekämpft, braucht der nach § 22 GWB zulässige Preis nicht gleich dem "richtigen" zu sein. Das zeigt sich am Preis bei (unerwarteter) Mangellage. In der Darstellung zum "richtigen" Preis blieb offen, ob der Grenzkostenpreis in Fällen unerwarteter Mangellage "richtig" oder "nicht richtig" ist [1].

Würde man einen infolge einer unerwarteten Mangellage erhöhten Preis als "nicht richtig" ansehen, dann wäre eine Preisüberhöhung auch bei atomistischer Konkurrenz, also bei völlig elastischer Nachfrage nach dem Produkt des einzelnen Anbieters möglich. Als Preisüberhöhungsursache könnte man dann etwa die mangelnde Angebotselastizität, ausgedrückt im steilen Verlauf der kurzfristigen Grenzkostenkurve, ansehen. Die Mangellage bei atomistischer Konkurrenz ist jedoch nicht als Preisüberhöhungsursache für § 22 GWB maßgeblich.

Denn § 22 GWB sieht nur einen Eingriff bei Preisüberhöhung durch mißbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung vor; Marktbeherrschung erfordert aber nach der allgemeinsten Definition zumindest einen besonderen Einfluß des einzelnen Marktteilnehmers [2] auf das Marktgeschehen [3];

1) siehe oben Seite 78ff
2) bzw. einen besonderen Einfluß der Unternehmensgruppe bei § 22 II GWB.
3) vgl. oben Seite 10

bei homogener atomistischer Konkurrenz verhält sich der Einzelanbieter jedoch als Mengenanpasser [1], er hat also durch seine Entscheidungen keinen unmittelbaren Einfluß auf die Preisgestaltung; man kann daher von einer Marktbeherrschung nicht sprechen. Es gibt daher auch in der Literatur, welchen Wettbewerbsbegriff man auch vertritt, keine Ansicht, wonach der in homogener atomistischer Konkurrenz befindliche Anbieter marktbeherrschend im Sinne von § 22 I GWB wäre.

Die bei Mangellagen entstehenden Gewinne sind daher keine Monopolgewinne [2]. Hielte man daher (in Ausnahmefällen [3]) auch bei homogener atomistischer Konkurrenz, also bei Grenzkostenpreisen, "unrichtige" Preise für möglich, so wäre dennoch kein Monopolmißbrauch nach § 22 GWB anzunehmen.

> Entsprechendes gilt für die Preisbildung in Mangellagen bei anderen Marktformen. Zwar wäre es hier falsch, Preisüberhöhung als Überschreiten des Als-Ob-Konkurrenz-Preises zu definieren, denn es kann ja ein über den Grenzkosten liegender Stückkostenpreis zulässig sein; jedenfalls darf auch dem in atomistischer Konkurrenz befindlichen Anbieter die Ausnutzung einer plötzlich entstandenen Mangellage ebenfalls nicht als Monopolmißbrauch vorgeworfen werden. Eine nach § 22 GWB mißbräuchliche Preisüberhöhung ist daher auch einem Monopolisten höchstens insoweit vorzuwerfen, als der tatsächliche Preis den Grenzkostenpreis überschreitet.

31 2o Der Grenzkostenpreis als Nichtmonopolpreis.

Die Tatsache, daß für § 22 GWB allein der Mißbrauch der marktbeherrschenden Stellung entscheidend ist, bedeutet also, daß der nach § 22 GWB zulässige Preis (das braucht also nicht der "richtige" Preis zu sein) jedenfalls nicht niedriger als der Preis bei atomistischer Konkurrenz ist; dieser Preis ergibt sich beim Schnittpunkt der kurzfristigen

1) siehe oben Seite 49 ; Erich Schneider S. 73/74.
2) so auch Knut Borchardt, "Wesentlicher Wettbewerb" im Kartellgesetz, in: Der Markenartikel 1958 S. 81-86; S. 82 und 84 Nr. 1b.
3) siehe oben Seite 80

Grenzkostenkurve mit der Nachfragekurve, auch wenn dieser Punkt im Bereich der "Überbeschäftigung" liegt und insoweit unverdiente Gewinne möglich werden.

Allerdings ist, wie bereits dargelegt, nicht etwa die verkürzte Kapazität zugrunde zu legen, wie sie der Anbieter auf den monopolistisch verkürzten Absatz eingestellt hat [1]. Nach § 22 GWB ist somit der Grenzkostenpreis zulässig, wenn nicht der "richtige" Preis sogar darüber beim Stückkostenpreis liegt [2].

31 3o Die marktbeherrschende Stellung als Markt-
s t r u k t u r.

Die Tatsache, daß § 22 GWB überhaupt nur zur Anwendung kommt, wenn der Grenzkostenpreis überschritten ist, legt die Bildung eines relativ "einfachen" Tatbestandes des Monopolmißbrauchs nahe: Es ist der durch die Preisüberhöhung [3] über den Grenzkostenpreis bzw. über den Stückkostenpreis (wenn dieser höher ist) entstandene Preisüberhöhungs- und Verzichtsschaden zu messen und bei Erreichen des oben [4] beschriebenen mißbräuchlichen Maßes einzuschreiten.

Dieser Schaden ist nämlich immer durch eine "monopolistische" Marktstruktur im Sinne einer Abweichung von der atomistischen Konkurrenz verursacht, da bei letzterer Marktform die Grenzkosten nicht überschritten würden [5]; vor allem sind Fälle einer Preiserhöhung wegen Mangellage ausgeschieden.

Dieses würde allerdings für die Feststellung der mißbräuchlichen Preisbildung an sich ausreichen, das Gesetz begnügt sich bei § 22 GWB jedoch nicht

1) siehe oben Seite 50 ff
2) siehe oben Seite 63/64
3) soweit sie nicht außerökonomisch bedingt ist.
4) siehe oben Seite 120/21
5) siehe oben Seite 49

mit dem Vorliegen einer "monopolistischen" Struktur, sondern es muß eine marktbeherrschende Stellung, ein besonderes Maß an Monopolisierung, für den mißbräuchlichen Preis ursächlich sein.

Zwar ist das für einen Mißbrauch notwendige hohe Maß des Preisüberhöhungs- und Verzichtsschadens ohnehin ohne eine gewisse "Monopolisierung" nicht denkbar, dennoch verlangt das Gesetz die besondere Prüfung, ob eine Monopolstellung vorliegt. Die praktische Konsequenz hieraus dürfte zunächst nur gering sein; es sind nämlich nur wenige Fälle anzunehmen, in denen ein mißbräuchliches Maß (monopolistischer) Preisüberhöhung = über die Grenzkosten - vorliegt und in denen nicht zugleich das für § 22 I GWB erforderliche - noch zu bestimmende - Maß der Monopolisierung vorhanden sein dürfte [1].

Dennoch hat die gesonderte Prüfung des Vorliegens einer marktbeherrschenden Stellung ihren Sinn; die Schwierigkeiten der Feststellung des "richtigen" Preises machen nämlich eine irrige Annahme einer mißbräuchlichen Preisüberhöhung möglich; hier bietet das zusätzliche Tatbestandsmerkmal der Verursachung durch eine marktbeherrschende Stellung einen zusätzlichen, wenn auch nicht unbedingt notwendigen, Schutz des Unternehmers.

Jedenfalls ist der gesetzlichen Anordnung auf Prüfung der marktbeherrschenden Stellung des sich mißbräuchlich Verhaltenden Folge zu leisten; im übrigen erweist sich die tatbestandliche Erfassung der Marktstruktur Monopol für andere Eingriffsfälle des GWB wie die nach den §§ 24 und 26 II GWB als notwendig.

---

1) Es kommt hier wohl der Monopolmißbrauch bei der Gestaltung von Geschäftsbedingungen in Frage, da dort für den Mißbrauch nur ein relativ geringes Maß der Verringerung des Niveaus der Bedarfsdeckung zu verlangen ist (siehe unten Seite 187 ff)

Diese marktbeherrschende Stellung nach § 22 I GWB soll nun quantitativ erfaßt werden; d.h. es muß ein einheitliches Maß für die verschiedenen Grade der Monopolisierung gesucht werden; von einem gewissen Umfange der Monopolisierung an kann man dann ein marktbeherrschendes Unternehmen annehmen.

Die marktbeherrschende Stellung wird in § 22 III GWB als eine Ursache neben anderen denkbaren Ursachen der Preisüberhöhung angesehen. § 22 I GWB beschreibt also ein dem Verhalten zugrundeliegendes Gefüge, also eine Marktstruktur. Soll das Nebeneinander der Monopolstellung als Marktstruktur und des Monopolmißbrauchs als Verhalten in § 22 GWB einen Sinn haben, so dürfen bei der Bestimmung der marktbeherrschenden Stellung nicht alle für das Verhalten wesentlichen Faktoren berücksichtigt werden; von einigen Faktoren ist zu abstrahieren.

Im Interesse der Rechtssicherheit sollten nur möglichst wenige, also nicht alle dem tatsächlichen Verhalten zugrundeliegenden Elemente der Marktstruktur beachtet werden [1]. Es wäre daher falsch, das marktbeherrschende Unternehmen nach dem Verhalten selbst, also nach der von der Marktstellung ausgehenden tatsächlichen Preisüberhöhung selbst, oder nach der Eignung zur Preisüberhöhung erfassen zu wollen. Für § 22 I GWB ist daher der Vorschlag Lerners abzulehnen, die relative Preisüberhöhung über den Grenzkostenpreis zum Monopolmaß zu machen [2]; denn damit würde nur der Monopolmißbrauch [3], nicht aber die Marktstruktur erfaßt [4].

1) Das Gegenteil gilt für die Erklärung des Marktprozesses; Seidenfus, Verkehrsmärkte S. 56/57.
2) Lerner S. 3-37, 26.
3) wenn der "richtige" Preis ein Grenzkostenpreis ist.
4) Erst recht gilt das für das Maß Weintraubs (S. 147/48), die relative Mengenverkürzung gegenüber der Lage bei (atomistischer) Konkurrenz; denn die tatsächliche Mengenverkürzung ist nicht einmal ein geeignetes Mißbrauchsmaß; siehe oben Seite 93 und Seite 104,104 und Anm. 2.

Ebenfalls kann man nicht der Definition Borchardts und Fikentschers folgen, die die "materielle Wettbewerbsbeschränkung" bzw. Marktbeherrschung als Beeinträchtigung des "Inaussichtstellens möglichst günstiger Geschäftsbedingungen" kennzeichnen [1]; zwar muß dieser "Markteinfluß" [2] bei Borchardt-Fikentscher auf einer bestimmten Strukturerscheinung, nämlich auf einer"Beschränkung der den Kunden offenstehenden Alternativen" [3], beruhen; § 22 I GWB stellt jedoch allein auf die Markstruktur ab.

Schließlich ist noch darauf hinzuweisen, daß bei den Beratungen zu § 17 des Entwurfes zum GWB die Eignung zur Marktbeeinflussung als zusätzliches Tatbestandsmerkmal für die marktbeherrschende Stellung abgelehnt wurde [4]. Vielleicht sind beim Kartelltatbestand, bei der "Eignung zur Marktbeeinflussung" Elemente des Fikentscherschen Begriffes der Marktbeeinflussung, der "materiellen Wettbewerbsbeschränkung" zu verwenden [5]; § 22 I GWB jedenfalls beschreibt eine Marktstruktur.

Diese Struktur ist durch möglichst wenige, spezifische Merkmale in ihrer Eigenart als eine neben anderen Preisüberhöhungsursachen zu kennzeichnen. Das spezifische Merkmal der marktbeherrschenden Stellung dürfte - schon rein begrifflich - in dem besonderen Einfluß des einzelnen Anbieters auf das Marktgeschehen [6] zu suchen sein.

---

1) Borchardt-Fikentscher S. 29; Fikentscher S. 47/48,72; vgl. Fikentscher S. 45: "schlechtere Versorgung".
2) Fikentscher S. 47.
3) also auf einer Beschränkung der "Freiheit" der Nachfrager; dazu unten Seite 140 f
4) Meyer-Cording S. 38.
5) siehe unten Seite 192 ff, 212
6) siehe oben Seite 10, 123

31 4o Die tatsächliche Preisüberhöhung und die kurzfristig gewinnmaximale Preisüberhöhungsmöglichkeit.

Die Bestimmung der marktbeherrschenden Stellung als in § 22 GWB allein maßgebliche Ursache einer Preisüberhöhung erfordert einen Einblick in die möglichen Ursachen einer Preisüberhöhung. Von diesen sind dann die für § 22 GWB maßgeblichen Ursachen (unter Abstraktion von den übrigen) herauszubilden.

Nichts mit der marktbeherrschenden Stellung zu tun haben vor allem alle Ursachen der Preisüberhöhung, die die Preisbildung überhaupt den Kräften des Marktes, Angebot und Nachfrage, entziehen. Das gilt vor allem für die Ausnutzung von Geschäftsunerfahrenheit und Leichtsinn der Abnehmer [1], weiter für Täuschungen, so vor allem alle Betrugsfälle, und für Drohungen zum Kauf [2]. Soweit eine Preisüberhöhung auf diesen Gründen beruht, ist sie für § 22 GWB unberücksichtigt zu lassen.

Neben vielen Fällen besonderer Preisüberhöhung aus marktfremden Gründen sind auch viele Fälle denkbar, in denen die Anbieter eine mögliche gewinngünstige Preisüberhöhung nicht vornehmen. Da sind z.B. Gründe der Wohltätigkeit im Einzelfall, außerdem aber vor allem allgemeine ethische Gründe, die den Anbieter an der Ausschöpfung seiner Möglichkeiten hindern. Derartige Preisbildungsfaktoren sind hier unbeachtlich.

Bei der Bestimmung der marktbeherrschenden Stellung nach § 22 I GWB geht es nämlich um eine ökonomische Marktstruktur; es ist daher hier nur die sich dem Verkäufer bietende gewinngünstigste Preiserhöhungsmöglichkeit von Interesse, und nur deren Ursachen sind im Hinblick auf § 22 I GWB zu suchen.

1) vgl. den Tatbestand des Wuchers, § 138 II BGB, §§ 3o2 a ff. StGB.
2) mit anderen Übeln als der Nichtlieferung des Gutes; siehe oben Seite 31 zur Abgrenzung der Nötigung gegen den Wucher.

Aber selbst bei Außerachtlassung außerökonomischer Preisbildungsfaktoren besteht ein weiteres Problem, ob nämlich für die Erfassung der Marktbeherrschung als maßgebliche Preisüberhöhungsursache die Preisüberhöhungsmöglichkeit zugrunde zu legen ist, die sich bei kurzfristiger gewinnmaximaler Ausnutzung einer vorhandenen evtl. geringen Nachfrageelastizität ergibt, oder ob von dem Verhalten beim Ziele langfristiger Gewinnmaximierung auszugehen ist.

Der Anbieter wird nämlich in der Regel die nach der Nachfragekurve gegebene kurzfristig gewinnmaximale Preisüberhöhungsmöglichkeit nicht ausnutzen. Der Anbieter will nämlich schon bei der Preisbildung im Untersuchungszeitpunkt das Aufkommen von konkurrierenden Anbietern gleicher oder ähnlicher Güter oder evtl. den Zusammenschluß der Abnehmer zu gegengewichtiger Marktmacht [1] verhindern. Für die Preisbildung zu späteren Zeitpunkten muß das marktbeherrschende Unternehmen nach den Erkenntnissen der neueren dynamischen Wettbewerbstheorie [2] außerdem noch mit dem Abbau seiner marktbeherrschenden Stellung rechnen.

Die tatsächliche Preisüberhöhung und erst recht die Preisüberhöhung zu späteren Zeitpunkten ist um so geringer, je leichter der Marktzugang für Konkurrenten ist. Es wäre daher zu erwägen, die marktbeherrschende Stellung im Sinne von § 22 I GWB unter anderem auch nach den rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten des Marktzugangs zu bestimmen.

Zwar kommt der Möglichkeit des Marktzugangs eine sehr große Bedeutung zu, jedoch trägt die Unterscheidung zwischen offenen und geschlossenen Märkten nichts Spezifisches zur Bestimmung der für

1) Galbraith, American Capitalism : The Concept of Countervailing Power; Boston 1952.
2) Hildebrand S. 52 ff.

§ 22 I GWB wichtigen monopolistischen Marktform bei; es handelt sich vielmehr um eine für alle Marktformen maßgebliche Unterscheidung.

So erhält z.B. der - in den verschiedenen Wohnungsarten annähernd homogene atomistische - Markt für die Wohnungsvermietung durch den (infolge der begrenzten Baukapazität) beschränkten Marktzugang an Neuvermietern seine Prägung. Bei der Bestimmung der marktbeherrschenden Stellung nach § 22 I GWB sollte also von den Besonderheiten des Marktzuganges abstrahiert werden.

Ein Sonderfall der Möglichkeit des Auftauchens weiterer Konkurrenten auf dem Markt ist die Aussicht auf das Wirksamwerden von Qualitätskonkurrenz.

> Die Qualität Verbessern heißt: mehr für denselben Preis geben, kommt also einer Preissenkung gleich [1]. Zwar ist der Qualitätswettbewerb insofern vom Preiswettbewerb zu trennen, als die verschiedenen Qualitäten nicht wie die Preise von allen Abnehmern in der gleichen Rangordnung bewertet werden [2] - die "Verzichtspreise" [3] ändern sich nicht bei allen Abnehmern in gleichem Umfange -: für den Anbieter, dessen Marktposition zu betrachten ist, wirkt die Qualitätsverbesserung eines Konkurrenten (bei Preisstarrheit) jedoch wie Preiskonkurrenz, oder eine eigene Qualitätsverschlechterung wirkt wie eine Preissenkung der Konkurrenz.
>
> Insofern kann man zunächst durchaus erwägen, bei der Bestimmung der marktbeherrschenden Stellung statt von der Preisüberhöhungsmöglichkeit des Anbieters z.B. von der Möglichkeit auszugehen, eine Qualitätsverschlechterung "ungestraft" vorzunehmen. Oder man könnte umgekehrt bei der Frage, ob das Unternehmen einem "wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist" (§ 22 I GWB), statt von der Reaktion der Abnehmer [4] auf die Preisänderungen der Konkurrenten von ihrer Reaktion auf Qualitätsverbesserungen der Konkurrenz ausgehen [5]. Vor allem Gesichtspunkte der Praktikabilität sprechen aber dafür, zur Gewinnung eines Monopolmaßes von den beiden auswechselbaren Parametern Preis und Qualität nur den ersten heranzuziehen [6].

---

1) Abbott S. 146.
2) Abbott S. 148.
3) siehe oben Seite 40
4) siehe unten Seite 154, 158 ff
5) vgl. Abbott S. 177 ff.
6) siehe unten Seite 141

Wenn man nach der kurzfristig gewinnmaximalen Preisüberhöhungsmöglichkeit fragt, so stellt man Überlegungen über die Reaktion der Kunden auf gedachte Preisänderungen an. Entsprechendes gilt für die Frage nach der Reaktion der Kunden auf gedachte Preisänderungen (oder Qualitätsänderungen) der Konkurrenten. Obwohl es hier um Aktion und Reaktion geht, handelt es sich noch nicht um die eigentliche dynamische Betrachtung des Wettbewerbsgeschehens. Denn die Frage, wie die Kunden z.B. auf gedachte Qualitätsverbesserungen der Konkurrenten reagieren würden, sagt noch nichts darüber aus, ob und in welchem Umfange das Unternehmen tatsächlich im Zeitablauf solchem Wettbewerbsdruck ausgesetzt ist [1].

Die Aussicht auf Qualitätswettbewerb - und auf Preiswettbewerb - hängt nämlich von Erfindungen und sonstigen Maßnahmen ab, die die Preissenkung oder Qualitätsverbesserung bzw. die kostengünstige Produktion eines schon früher verbesserten Gutes erst ermöglichen. Nur um diese - je nach Branche völlig verschiedene - Aussicht auf Qualitätswettbewerb (und Preiswettbewerb) geht es aber bei der dynamischen Betrachtungsweise. Ebenso ging es bei der Frage nach dem Marktzugang auch nur um die tatsächliche Aussicht auf den Markteintritt neuer Konkurrenten.

Die Aussicht auf Qualitätswettbewerb ist ebenfalls wie die Besonderheiten des Marktzuganges bei der Bestimmung der marktbeherrschenden Stellung nach § 22 I GWB nicht zu berücksichtigen, da sie nichts Spezifisches über den besonderen Einfluß des einzelnen Anbieters [2] aussagt. Die Aussicht auf Qualitätswettbewerb sagt vielmehr nur etwas über die fortschrittliche Entwicklung auf dem Markt aus, und zwar unabhängig von der Marktform. Mit Neuerungen und Qualitätswettbewerb und deren Wirkungen auf die Nachfrage müssen ja auch z.B. Anbieter rechnen, die ihr Gut in homogener atomistischer Konkurrenz anbieten, und zwar je nach Branche verschieden.

1) Daher bringen auch z.B. die Modelle Abbotts (S. 177 ff) keine Aussage über das eigentliche dynamische Wettbewerbsgeschehen.
2) siehe oben Seite 123

Wegen der Verwandtschaft von Qualitäts- und Preiswettbewerb ist schließlich vor allem auf den Wettbewerbsdruck hinzuweisen, dem jeder Anbieter unabhängig von der Marktform durch die Kostensenkungsmaßnahmen seiner Konkurrenten ausgesetzt ist. Rationalisierungen bei der Produktion versetzen die Wettbewerber nämlich in die Lage, die Preise zu senken oder z.B. bei steigenden Löhnen zu halten; das ergibt einen Preiswettbewerb, der einem scharfen Qualitätswettbewerb gleichkommen kann.

Die Erhaltung und Förderung der sich im Zeitablauf Zug um Zug [1] ablösenden leistungssteigernden Wettbewerbshandlungen ist unter anderem das Ziel der Konzeption des funktionsfähigen Wettbewerbs, wie sie vor allem von Clark [2] umrissen wurde. Diese allgemeine wettbewerbspolitische Konzeption beschäftigt sich insbesondere mit der Erhaltung der Möglichkeit des Marktzugangs, die die Eingrenzung und allmähliche Abschwächung [3] der Monopole (u.a. auch durch Qualitätswettbewerb) ermöglicht.

Diese Betrachtung des Gesamtgeschehens im Zeitablauf widerspricht keineswegs der dem GWB zugrundeliegenden Wettbewerbskonzeption [4]; diese Betrachtungsweise gilt jedoch nicht für eine Vorschrift, der es wie § 22 GWB zur Aufgabe gemacht ist - gleichsam als Ergänzung der "selbstreinigenden" Wirkung des dynamischen Wettbewerbs in einer "nachträglichen Korrektur der Resultate" [5] - den Mißbrauch (bei der Preisgestaltung usw.) im Einzelfall zu bekämpfen [6]. § 22 GWB muß vielmehr von einer "Momentaufnahme" der Marktstruktur ausgehen.

---

1) vgl. Abbott S. 159.
2) J.M. Clark; Toward a Concept of Workable Competition; XXX American Economical Review 241 ff (1940).
3) Hildebrand S. 52 ff, 56/57.
4) vgl. Begründung des Entwurfs (Bundestagsdrucksache II/1158 Anlage 1; AI): Erhaltung "der dem Wettbewerb innewohnenden Tendenz zur Leistungssteigerung".
5) vgl. Seidenfus, Verkehrsmärkte S. 28.
6) siehe oben Seite 72

Dabei kommt es auf den besonderen Einfluß des einzelnen Anbieters auf die Preisbildung im Untersuchungszeitpunkt an; hierfür ist die Aussicht auf den Markteintritt neuer Konkurrenten, die Erwartung von Qualitätswettbewerb - und schließlich auch die Aussicht auf die Bildung gegengewichtiger Marktmacht - unbeachtlich. Es ist daher richtig, der Bestimmung der marktbeherrschenden Stellung nach § 22 I GWB die Preisüberhöhungsmöglichkeit zugrundezulegen, die sich bei kurzfristig gewinnmaximaler Planung ergibt.

31 5o Preisüberhöhungsmöglichkeit und geneigte Nachfragekurve.

Betrachtet man die kurzfristig gewinnmaximale Preisüberhöhungsmöglichkeit, abstrahiert man also von einem Teil der Preisbildungsfaktoren, so ist für Bildung des Preises eines bestimmten Gutes eines bestimmten Unternehmers allein die kurzfristige Grenzkosten-Kurve und die Grenzerlöskurve entscheidend; da man ja als Zielsetzung des Unternehmers kurzfristige Gewinnmaximierung anzunehmen hat, ergibt sich der "mögliche" Preis beim Cournotschen Punkt [1], dem Schnittpunkt der kurzfristigen Grenzkosten-Kurve mit der Grenzerlöskurve (die bei homogener atomistischer Konkurrenz mit der Preisgerade zusammenfällt).

Es ist nun festzustellen, wann dieser "mögliche" Preis nicht gleich dem "richtigen" Preis ist. In dem Grundfall der Produktion eines Gutes in mehreren Anlagen ergibt sich der "richtige" (bzw. nach § 22 GWB zulässige) Preis beim Schnittpunkt der Gesamtnachfragekurve des Gutes mit der Grenzkostenkurve aller Anlagen [2]. Dieser Preis ist gleich den Grenzkosten.

1) Erich Schneider S. 134.
2) siehe oben Seite 45

Er wird durch den Markt"mechanismus" nur dann erreicht, wenn homogene atomistische Konkurrenz vorliegt [1]. Da dann die einzelnen Anbieter als Mengenanpasser von einer zur X-Achse parallelen Nachfrage-Kurve für ihr Angebot (Preis-Absatz-Funktion) ausgehen, ist der Grenzerlös gleich dem Preis.

Alle Anbieter zusammen werden dann ihre Produktionsmenge gerade so weit ausdehnen, bis die Grenzkosten aller Anbieter gleich dem Preis sind, der für die dann insgesamt produzierte Menge nach der Nachfragekurve gezahlt wird. Dieser Preis ist, wie dargelegt, der "richtige" Preis [2].

Eine Abweichung von diesem "richtigen" Preis, dem Grenzkostenpreis, tritt immer dann ein, wenn der Grenzerlös nicht mehr gleich dem Preis ist: der Anbieter wird nämlich immer die Menge anbieten, bei der die Grenzkosten gleich dem Grenzerlös sind (bei Unterstellung kurzfristiger Gewinnmaximierung[3]). Grenzerlös und Preis weichen immer dann voneinander ab, wenn nicht die Marktform der homogenen atomistischen Konkurrenz vorliegt, dann nämlich, wenn die Nachfrage-Kurve nach dem Produkt des einzelnen Anbieters nicht waagerecht verläuft, wenn also die Nachfrageelastizität kleiner als unendlich ist.

Schon an dieser Stelle liegt der Gedanke nahe, unter anderem [4] gerade das Maß der Neigung der Nachfrage-Kurve für das Gut des einzelnen Anbieters im Untersuchungszeitpunkt in direktem Zusammenhang mit dem Umfang der Preisüberhöhungsmöglichkeit und der tatsächlichen Preisüberhöhung zu sehen [5]; als Ausdruck der Neigung der Nachfrage-Kurve in einen bestimmten Punkt ist die Nachfrageelastizität

---

1) siehe oben Seite 49
2) siehe oben Seite 49
3) siehe oben Seite 134
4) zur Beachtung der Angebotselastizität siehe unten Seite 141/42
5) Genauer dazu siehe unten Seite 164ff

anzusehen; sie ist ein Maß für das Verhalten der Nachfragerschaft, nämlich ihre Reaktion auf Preisveränderungen; sie gibt die relative Mengenänderung infolge einer geringen [1] Veränderung eines bestimmten Preises im Verhältnis zu dem relativen Maß dieser Preisveränderung an [2].

1) mathematisch: infinitesimalen.
2) Krelle S. 4; v. Stackelberg S. 158.

32 oo "Gutes" und "schlechtes" Monopol als Abweichung vom Zustand der homogenen atomistischen Konkurrenz.

Der "richtige" Preis ist bei Produktionen mit hohen einmaligen fixen Kosten (oder degressiven Grenzkosten) kein Grenzkostenpreis, sondern ein Stückkostenpreis [1]. Aber auch hier spielt die Neigung der Nachfrage-Kurve für die Preisüberhöhung eine Rolle.

Wenn hier schon die Erreichung dieses "richtigen" (über den Grenzkosten liegenden) Preises nur bei einer geneigten Nachfrage-Kurve möglich ist [2], gilt dasselbe erst recht für eine Preisüberhöhung. Auch hier hängt das Maß der Überhöhung wieder mit der Neigung der Nachfrage-Kurve zusammen.

> Allerdings läßt sich nicht wie im Falle des Grenzkostenpreises sagen, jede Abweichung vom Zustande der homogenen atomistischen Konkurrenz mit ihrer waagerechten Nachfrage-Kurve führe vom "richtigen" Preise weg; vielmehr würde die optimale Marktstruktur bei einer gewissen Neigung und Gestalt der Nachfragekurve vorliegen, die die Erreichung des Chamberlinschen Punktes ermöglicht, bei dem die erwerbswirtschaftliche Preisbildung nach dem Satz "Grenzkosten gleich Grenzerlös" zu einem genau die Stückkosten deckenden Preis führt [3].

Es kann (daher), wie bereits dargelegt, [4] keineswegs für alle Produktionen die Marktform der homogenen atomistischen Konkurrenz (oder gar der vollkommenen Konkurrenz) gefordert werden. Auch das Gesetz sieht keine Verurteilung der marktbeherrschenden Stellung vor und fordert auch keine Als-Ob-Konkurrenz; es sieht nur eine Mißbrauchskontrolle der marktbeherrschenden Unternehmen vor.

Die Legaldefinition des marktbeherrschenden Unternehmens zu § 22 I GWB ist daher werturteilsfrei [5]. Daher hindert die Anerkennung des "guten" Monopols keineswegs daran, die Bestimmung der marktbeherrschenden Stellung nach § 22 I GWB nach dem Maß der

1) siehe oben Seite 63/64
2) siehe oben Seite 63
3) Chamberlin siehe Seite 76 ff und Figur 1o
4) siehe oben Seite 63/69
5) Bartholomeyczik im Gem.Komm. § 22 Anm. 43 u.76.

Abweichung von der homogenen atomistischen Konkurrenz vorzunehmen. Da nicht jede Abweichung ausreicht, dürften übrigens die in der neueren, dynamischen Wettbewerbstheorie dargestellten Marktformen wie vor allem das von Fikentscher [1] herausgestellte heterogene Oligopol bzw. die monopolistische Konkurrenz unter wenigen in der Regel ohnehin nicht den Tatbestand des § 22 I GWB erfüllen, da genügend Wettbewerb vorhanden ist.

Man wirft den Verfassern des GWB und den das Gesetz anwendenden Gerichten und Behörden häufig eine Orientierung an dem -wirklichkeitsfremden - Modell der vollständigen Konkurrenz vor. Dieser Vorwurf ist gegenüber denjenigen berechtigt, die die Herstellung der Bedingungen der vollständigen Konkurrenz durch die Wirtschaftspolitik verlangen, zumindestens jedoch den Unternehmern jegliches Überschreiten des Als-Ob-Konkurrenz-Preises [2] verbieten wollen.
Zwar läßt die Einleitung zur Begründung des Entwurfs des GWB [3] darauf schließen, daß den Verfassern des GWB die vollständige Konkurrenz als Ziel vorschwebte; gleichwohl enthält § 22 I GWB keine Beurteilung, sondern nur eine Beschreibung der marktbeherrschenden Stellung (Legaldefinition).

Ob § 22 I GWB die marktbeherrschende Stellung unter Ausrichtung gerade an dem Modell der vollständigen Konkurrenz zu definieren versucht, soll an dieser Stelle nicht geklärt werden. Jedenfalls bestehen ganz allgemein keine Bedenken, die marktbeherrschende Stellung überhaupt an Hand von Idealtypen der Marktformenlehre zu erfassen. Denn es sind oft nicht wirtschaftspolitische Ziele, sondern Gründe der Rechtstechnik und Rechtssicherheit, die eine

1) Fikentscher S. 37.
2) vgl. dazu oben Seite 68/69 und Seite 59/60.
3) Bundest.-Drucks. II/1158 Anlage 1 A.

bestimmte Tatbestandsbildung oder -auslegung notwendig machen [1].

Diese Probleme der Tatbestandsbildung treten vor allem bei der rechtlichen Erfassung der Lehre vom funktionsfähigen Wettbewerb [2] auf. Diese Theorie ist zwar sehr gut geeignet, das Wettbewerbsgeschehen zu erklären; sie kann jedoch wegen der notwendigen Wertungen und Gewichtungen nicht unmittelbar zur juristischen Erfassung von Wettbewerbsbeschränkungen benutzt werden [3]. Dazu bedürfte es vielmehr der Bildung mehrerer einzelner Tatbestände, die von klar faßbaren Kriterien ausgehen.

Somit ist es durchaus zu erwägen, ob es nach dem Inhalt des § 22 I GWB möglich ist, die marktbeherrschende Stellung nach der Abweichung von dem Zustand der homogenen atomistischen Konkurrenz, also etwa nach der Nachfrageelastizität zu bestimmen. Abgesehen von den bei jedem Monopolmaß großen Schwierigkeiten der Tatsachenfeststellung [4] wäre damit ein quantifizierbares und somit rechtssicheres Auslegungsmerkmal gefunden.

1) ebenso besonders deutlich Prof. Koenigs vom Bundeskartellamt in seinem Vortrag vor dem Gemeinschaftlichen Seminar über Wettbewerbsfragen in Münster am 22.7.1964.
2) siehe oben Seite 133.
3) Fikentscher S. 46/47 und Borchardt-Fikentscher S. 75 Anm. 68.
4) dazu unten Seite 167 ff.

33 oo Die Nachfrageelastizität als Maß der "Freiheit" der Nachfragerschaft.

Bei der Suche nach dem Strukturmaß für das Monopol taucht wieder das Problem des Freiheitsschutzes im Kartellrecht auf. Bei der Frage nach den Auswirkungen des Monopols auf das Einzelrechtsgeschäft, also beim Tatbestand des Monopolmißbrauchs hatte sich im Anschluß an Schmidt-Rimpler ergeben, daß der Monopolmißbrauch nur nach dem Maß der Abweichung von der "richtigen" Regelung des Inhalts der Einzelrechtsgeschäfte zu ermessen ist [1].

Die "Freiheit" der Abnehmer bei der Preisbildung dagegen interessierte nur unter dem Gesichtspunkt, ob der Vertrags"mechanismus", das Mittel zur "richtigen" Regelung, funktioniert [2]. Das Problem der Freiheit beim Vertragsschluß war also in die Untersuchungen zur Marktstruktur, die nunmehr anstehen, verwiesen.

33 lo Die Freiheit der Nachfrager bei der Preisbildung und die "richtige" Regelung.

Man kann die Nachfrageelastizität als ein Maß der "Freiheit" von Anbietern und Nachfragern beim Aushandeln der Vertragsbedingungen, insbesondere des Preises ansehen. Vereinfacht ausgedrückt, gibt die Nachfrageelastizität an, um wieviel Prozent der Absatz bei der Preiserhöhung eines bestimmten Anbieters um 1% zurückgeht (bzw. bei einer Preisermäßigung um 1% zunimmt) [3].

Je größer die Nachfrageelastizität ist, je mehr also der Absatz bei Preiserhöhungen zurückgeht, desto mehr muß der Anbieter bei seinen Vertragsbedingungen, insbesondere den Preisen, auf die Nachfrager Rücksicht nehmen; desto freier kann man die Stellung der Käufer beim Aushandeln des Vertrages und desto weniger frei die der Verkäufer nennen.

1) siehe oben Seite 22
2) siehe oben Seite 21
3) siehe oben Seite 136

Die Nachfrageelastizität kann deshalb als ein aussagekräftiges Maß der Freiheit des Anbieters und der Nachfrager angesehen werden, weil die anteilige Preisveränderung und die anteilige Mengenveränderung verglichen werden und damit die jeweilige Bedeutung der Mengen- und Preisänderung für die Vertragspartner zum Ausdruck kommt.

Demgegenüber wäre ein Maß, das die Reaktion der Nachfrage auf eine Qualitätsänderung der Anbieter ausdrückte [1], ungenau, da sich verschiedene Qualitäten nicht wie verschiedene Preise in einer für alle Abnehmer gleichen Rangordnung bewerten lassen.[1a]

Man könnte einwenden, die Handlungsfreiheit des Anbieters werde nicht nur durch die Nachfrageelastizität, sondern auch durch zahlreiche andere Faktoren, so unter anderem durch seine Angebotselastizität, bestimmt. Bei Berücksichtigung all dieser Gesichtspunkte würde man jedoch versuchen, die Handlungsfreiheit ganz allgemein zu ermessen; es ist jedoch unmöglich, alle bei einem Vertragsschluß wirksamen Kräfte in einem Maß der Freiheit oder Unfreiheit der Partner rechtssicher zu erfassen.

Das ist hier bei der Erfassung der Marktstruktur Monopol auch gar nicht nötig; da die marktbeherrschende Stellung als eine neben anderen Ursachen der Preisüberhöhung angesehen wird [2], wäre die Berücksichtigung aller wirksamen Kräfte sogar falsch[3]. Daher ist auch die Definition der Marktmacht durch Seraphim [4], der von der Fähigkeit, durch Vorzugspositionen auf dem Markt anderen den eigenen Willen bei einem Tauschakt aufzuzwingen, spricht, zu allgemein und daher nicht anwendbar.

---

1) siehe oben Seite 131 1a) Abbott S. 148.
2) siehe oben Seite 127
3) siehe oben Seite 127
4) Hans Jürgen Seraphim, Theorie der allgemeinen Volkswirtschaftspolitik, Göttingen 1955 S. 93.

Es ist vielmehr von dem Kräfteverhältnis auszugehen, das bei dem zur "richtigen" Regelung führenden Vertrags"mechanismus" vorhanden ist. Die Kräfteverschiebung gegenüber dieser Marktstruktur kann man dann als "Freiheits"beeinträchtigung eines Partners erfassen.

Sieht man den Grenzkostenpreis als den "richtigen" Preis [1] an, so ist das dazugehörige ausgewogene Kräfteverhältnis, wie dargelegt [2], bei der Marktform der homogenen atomistischen Konkurrenz mit der waagerechten Nachfrage-Kurve gegeben. Geht man jedoch von einem - über dem Grenzkostenpreis liegenden - "richtigen" Stückkostenpreis aus, so führt der Vertrags"mechanismus" bei homogener atomistischer Konkurrenz nicht zur "richtigen" Regelung.

Dennoch muß auch hier die Marktstruktur bei homogener atomistischer Konkurrenz als die-ausgewogene - Ausgangslage für das Monopolmaß gelten; denn es ist die Abhängigkeit der Nachfrager vom Anbieter, die dem Anbieter erst die notwendige Fixkostendeckung ermöglicht.

Es ist also die spezifische Freiheitsbeeinträchtigung zu messen, die in der Kräfteverschiebung gegenüber der Marktstruktur bei homogener atomistischer Konkurrenz besteht. Da die übrigen für die Preisbildung entscheidenden Faktoren, vor allem die Angebotselastizität, aber auch für alle anderen Marktstrukturen bedeutsam sind, interessieren sie für § 22 I GWB nicht.

33 2o Die Nachfrageelastizität als Maß der Freiheit der Gesamtheit der Nachfrager.

Da die Nachfrageelastizität als Freiheitsmaß vom zur "richtigen" Regelung führenden Vertrags"mechanismus" ausgeht, ist auch ein weiterer Einwand gegen die Nachfrageelastizität als Maß der Marktbeherrschung unbegründet: Man könnte nämlich sagen,

1) bzw. den bei Mangellagen zumindest "zulässigen" Preis (siehe oben Seite 123124).
2) siehe oben Seite 135 und Seite 49

die Freiheit des Nachfragers werde durch die Entbehrlichkeit des Gutes für den einzelnen Nachfrager und nicht durch die Nachfrageelastizität, die "Preisempfindlichkeit" der Gesamtheit der Nachfrager, ausgedrückt.

Das ist jedoch falsch, denn die Tatsache, daß der einzelne Nachfrager besonders auf das Gut des Anbieters angewiesen ist, kann sich nicht ohne weiteres auf den Vertragsschluß auswirken; die Preisbildung erfolgt nämlich in der Regel einheitlich für alle Nachfrager. Für den Vertrags"mechanismus" wirkt sich die "Angewiesenheit" des einzelnen Nachfragers (oder einer Gruppe) vielmehr nur dann aus, wenn er (oder die Gruppe) von den übrigen Nachfragern isoliert werden kann und daher Preisdifferenzierung möglich ist.

Im Grundfall einheitlicher Preise und Geschäftsbedingungen sind Freiheit bzw. Unfreiheit von Anbietern und Nachfragern daher nur durch die "Angewiesenheit" aller Nachfrager nach dem Gut bestimmt, wie sie in der Gesamtnachfragekurve zum Ausdruck kommt. Hiermit ist übrigens noch einmal verdeutlicht, daß die Nachfrageelastizität als Monopolmaß ein ausgesprochenes Strukturmaß des Marktes ergibt.

33 3o Die Ermittlung der "Freiheit" der Nachfragerschaft bei Preisdifferenzierung nach Gruppen.

Das Abstellen auf die Freiheit der jeweils einheitlich behandelten Gruppe hat eine Konsequenz für die Bekämpfung ungerechtfertigter Preisdifferenzierungen. Soll die Nachfrageelastizität als Freiheitsmaß nämlich das Monopolmaß für § 22 I GWB sein, so muß die Freiheit jeder bei Preisdifferenzierung isolierten Gruppe gesondert behandelt werden [1].

Da die Nachfrageelastizität in den oberen Preisgruppen oft ziemlich gering sein dürfte, könnte man den Anbieter in vielen Fällen

1) Werden die Preise jedoch einzeln ausgehandelt, so ist ein anderes, hier nicht darzustellendes, Monopolmaß erforderlich.

insoweit als marktbeherrschend ansehen; bei der oft mißbräuchlichen Preisdifferenzierung (oder bei sonstiger Diskriminierung) wäre daher ein Eingriff des Bundeskartellamtes nach § 22 GWB möglich, selbst wenn die Gesamtnachfragekurve ziemlich flach verläuft. Der Eingriff auf Grund behördlicher Initiative träte damit neben den (zivilrechtlichen) Behelf des § 26 II GWB. [1]

33 4o Die Nachfrageelastizität und der Monopolbegriff des Reichsgerichts.

Die Betrachtung der Freiheit der Nachfrager liegt auch der Monopoldefinition des Reichsgerichts von 1888 [2] zugrunde. Der Inhalt dieser Definition gibt im wesentlichen den Monopolbegriff der deutschen Rechtsprechung wieder, der bis zur Übernahme der amerikanischen Methode der Ermittlung des Monopols nach dem relevanten Markt und dem Marktanteil [3] für die Monopolrechtsprechung galt.

Das Reichsgericht spricht in der Entscheidung von 1888 zwar nicht ausdrücklich vom Monopol, meint es aber. Ein Monopol liegt danach dann vor, "wenn dem Publikum die Möglichkeit der anderweitigen Wahrung seiner Interessen nicht oder nur unter verhältnismäßig schweren Bedingungen geboten wird" [4]. Die Monopol-Stellung richtet sich also danach, wie sehr die Nachfrager auf das Gut des einzelnen Anbieters angewiesen sind; entscheidend ist aber - wie auch hier für den Regelfall angenommen wird - die "Angewiesemheit" der gesamten Nachfragerschaft [5], des"Publikums".
Die Gegenüberstellung von "anderweitiger Wahrung seiner Interessen" und "nur unter verhältnismäßig schweren Bedingungen" spiegelt - dem Gerichte sicher unbewußt - den Zusammenhang zwischen Nachfrage und Preis wieder, wie er in der Nachfragefunktion

1) dazu oben Seite 65 ff.
2) RGZ 2o,115/117; vgl. RGZ 115,218/2o:"Zwangslage".
3) OLG Celle WuWE OLG 254/258/259 = WuW 59,29o/294/295; OLG Stuttgart WuWE OLG 423/426 = WuW 62,61/64; OLG Stuttgart WuWE OLG 411/415 = WuW 62,49/53; BGH NJW 62,196/2oo; BGH WuWE BGH 486/491 = WuW 62,68o/685.
4) RGZ 2o,115/117.
5) ebenso RGZ 115,218/2o.

dargestellt ist. Man kann daher der Auslegung der Reichsgerichtsrechtsprechung durch Mestmäcker zustimmen, daß nämlich hinter dem reichsgerichtlichen Monopolbegriff so etwas wie der wirtschaftswissenschaftliche Begriff der Nachfrageelastizität stehe [1].

Das bedeutet, daß die Nachfrageelastizität (als Freiheitsmaß) als Monopolmaß auf einer deutschen Rechtstradition aufbauen könnte. Entscheidend ist jedoch, ob der § 22 I GWB eine derartige Auslegung zuläßt.

1) Mestmäcker, Das marktbeherrschende Unternehmen... S. 13.

34 oo Die Nachfrageelastizität als das Monopolmaß nach § 22 I GWB.

34 lo § 22 I GWB und die herkämmliche Marktformenlehre.

Für den Wortlaut und Inhalt der Legaldefinition des Monopols nach § 22 I GWB ist außer der deutschen Rechtsprechung - und der amerikanischen Antitrust-Rechtsprechung - vor allem der Monopolbegriff (bzw. die Monopolbegriffe) der Wirtschaftswissenschaft beeinflussend gewesen.

In der Bestimmung der Gegenposition zum Monopol besteht in den wirtschaftswissenschaftlichen Marktformensystemen Einigkeit und Übereinstimmung mit dem hier bisher Dargelegten: Man versteht unter der Gegenposition zum Monpol in der Regel mit Erich Schneider die Marktform der atomistischen Konkurrenz - wenn man von weiteren Kriterien zur Einteilung der Marktstrukturen wie der Möglichkeit des Marktzuganges und den anderen für das Modell der vollständigen Konkurrenz maßgeblichen Kriterien absieht.

Die vom Zustand der homogenen atomistischen Konkurrenz abweichenden Marktformen teilt man in der Wirtschaftswissenschaft jedoch in einer für § 22 GWB wohl kaum brauchbaren Weise ein. Zwar stellt Erich Schneider bei seinen Verhaltensweisen dem in homogener atomistischer Konkurrenz befindlichen Mengenanpasser zunächst insgesamt die Anbieter gegenüber, die einer (konjekturalen) Preisabsatzfunktion, d.h. einer geneigten Nachfrage-Kurve gegenüber-stehen.

Bei der näheren Unterteilung dieser Verhaltensweisen in polypolistisches, oligopolistisches und monopolistisches Verhalten geht es Schneider (bei der wirtschaftstheoretischen Darstellung) jedoch nur um die Charakterisierung der verschiedenen Marktbeziehungen bzw. Verhaltensweisen; die für das

Wirtschaftsrecht notwendige Gewinnung eines rechtssicheren Monopolmaßes wird daher vernachlässigt. Vor allem wird die geneigte Form der Preisabsatzfunktion nicht näher betrachtet.

Stattdessen systematisiert die Wirtschaftswissenschaft die sich einer geneigten Nachfrage-Kurve gegenübersehenden Anbieter nur nach dem Wettbewerbsverhältnis zu den Konkurrenten, das für die geneigte Nachfrage-Kurve verantwortlich ist. Erich Schneider z.B. unterscheidet danach, ob sich der Anbieter nach dem Verhalten anderer Anbieter von gleichen oder nur ähnlichen Gütern richten muß (homogene oder heterogene Konkurrenz) und danach, ob der Anbieter außerdem mit Reaktionen der anderen Anbieter auf sein Verhalten rechnen muß oder nicht (polypolistische oder oligopolistische Konkurrenz)[1]; schließlich kennt Schneider noch den Fall, in dem der Anbieter von dem Verhalten anderer Anbieter völlig unabhängig ist; nur diesen letzten Fall nennt Schneider Monopol[2].

Zweifellos ist eine Kenntnis der Wettbewerbsverhältnisse für die Wirtschaftswissenschaft erforderlich; es fragt sich jedoch, ob zur Bekämpfung monopolistischer Preisüberhöhung (oder sonstigen Monopolmißbrauchs[3]) eine derartige Unterscheidung nach dem Verhältnis zu den Konkurrenten sinnvoll ist, erst recht, ob etwa der enge Monopolbegriff Schneiders der Auslegung des § 22 I GWB zugrunde zu legen ist.

Die wirtschaftswissenschaftlichen Marktformenlehren haben ihre Aufgabe in der Wirtschaftstheorie: So hat z.B. einerseits die Herausbildung des Oligopols gegenüber der polypolistischen Marktform die Untersuchung der wichtigen Kampf- und Verhandlungsstrategien vorbereitet; andererseits ermöglichte erst

1) Erich Schneider Seite 68 ff.
2) Erich Schneider S. 71,63.
3) dazu unten Seite 180 ff

die Unterscheidung zwischen heterogener und homogener Konkurrenz die Entwicklung der für die neuere, dynamische Theorie so wichtigen Lehre von der monopolistischen Konkurrenz.
Für die gesetzliche Monopolbekämpfung nach § 22 GWB ist die Unterscheidung der Marktformenlehren jedoch nicht bedeutsam, da § 22 I GWB nicht auf die Art der Wettbewerbsbeziehungen, sondern auf die Intensität des Wettbewerbs [1] abstellt.
Das zeigt sich auch an der Legaldefinition des sogenannten marktbeherrschenden Oligopols in § 22 II GWB. § 22 II GWB ist zwar auf oligopolistische Marktstrukturen abgestellt, das Oligopol selbst wird jedoch nicht ohne weiteres als marktbeherrschend und daher kontrollunterworfen angesehen. Die zwei oder mehr Unternehmen müssen vielmehr im konkreten Falle unter Verzicht auf (den im Oligopol nicht seltenen scharfen) Wettbewerbskampf in ihrer Gesamtheit einem marktbeherrschenden Unternehmen im Sinne des § 22 I GWB gleichkommen.
Der Inhalt des § 22 GWB [2] weist daher ebenso wie der in der Wirtschaftstheorie unübliche Begriff "marktbeherrschende Unternehmen" darauf hin, daß es zur Bestimmung des marktbeherrschenden Unternehmens bei § 22 I, II GWB nicht auf die Unterscheidung vor allem der Marktformenlehre Schneiders ankommt, sondern ein für die verschiedenen Marktformen der Wirtschaftstheorie [3] gemeinsames Kriterium maßgeblich ist.

Entscheidend ist der begrenzten Aufgabe des § 22 GWB [4] entsprechend der Schutz des Abnehmers; es interessiert daher vor allem die Preisüberhöhungsmöglichkeit bzw. die Möglichkeit anderen mißbräuchlichen Verhaltens; die dementsprechende Marktstruktur wird durch eine weitgehende Neigung der Nachfrage-Kurve gekennzeichnet.

1) siehe unten S. 155 ff und S. 158 ff.
2) weiteres zur Auslegung von § 22 II GWB unten Seite 161 ff.
3) außer der atomistischen Konkurrenz.
4) in der Fassung vom 27.7.1957.

Dabei ist es für die Kontrollwürdigkeit ohne besondere Bedeutung, ob die "Freiheits"beschränkung der Abnehmerschaft z.B. auf einem Monopol im Sinne Schneiders, auf der begrenzten Wirkung einer (nur) heterogenen Konkurrenz oder auf der starken Stellung des Anbieters auf einem Markt homogener Güter oder gar auf oligopolistischer Preisführerschaft beruht.

Als das Monopolmaß, das allen Marktformen außer der homogenen atomistischen Konkurrenz gemeinsam ist, bietet sich somit wiederum das Maß der Freiheitsbeschränkung der Abnehmer an, wie es in der Nachfrageelastizität zum Ausdruck kommt.

34 20 Das Fehlen "wesentlichen Wettbewerbs" nach § 22 I GWB und die Nachfrageelastizität

Der Wortlaut des § 22 I GWB legte jedoch für einige Kommentatoren eine Auslegung nahe, die das marktbeherrschende Unternehmen dennoch vornehmlich nach der Art der Beziehungen zu den Wettbewerbern bestimmt. Marktbeherrschend nach § 22 I GWB ist nämlich ein Unternehmen, das "ohne Wettbewerber oder keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt" ist [1].

Bei § 22 I GWB geht es jedoch nicht um die Art der Wettbewerbsbeziehungen; es interessiert vielmehr nur die Gesamtheit aller möglichen Wettbewerbsbeziehungen. Der Umfang des gesamten Wettbewerbs mit anderen Anbietern und die Freiheit der Nachfrager sind aber wegen der "Entmachtungswirkung" [2] des Wettbewerbs zwei Seiten ein und derselben Sache; denn - das wird noch nachgewiesen werden - die Höhe der Elastizität der Nachfrage steht in direktem Zusammenhang mit der Intensität des Wettbewerbs.

Voraussetzung für diese Erkenntnis ist allerdings, daß man sich über den Begriff des Wettbewerbs im Sinne des § 22 GWB Klarheit verschafft.

34 21 Der dynamische Wettbewerb und § 22 I GWB.

Im Anschluß an die obigen Überlegungen zur kurzfristig gewinnmaximalen Preisüberhöhungsmöglichkeit des Monopolisten [3] ist auf den Begriff des dynamischen Wettbewerbs einzugehen. Es ist daran festzuhalten, daß unter "Wettbewerb" im Sinne des § 22 I GWB nicht der Wettbewerbsdruck zu verstehen ist, dem sich der Anbieter im Zeitablauf infolge tatsächlich eintretender Qualitätsverbesserungen

1) Zu den Worten "für eine bestimmte Art..." und damit zum - bei § 22 I GWB praktisch bedeutungslosen - Problem des relevanten Marktes siehe unten Seite 171 ff
2) Böhm S. 179; Mestmäcker, Das marktbeherrschende Unternehmen S. 8.
3) siehe oben Seite 132 ff

oder Kostensenkungen der Konkurrenz ausgesetzt sieht.

Denn dieser dynamische Wettbewerb ist unabhängig von der Marktposition der Unternehmer, sondern nur nach Branchen verschieden. Für § 22 GWB ist vielmehr in einer "Momentaufnahme" festzustellen, ob der Anbieter im Untersuchungszeitpunkt einen besonderen Einfluß auf das Marktgeschehen, insbesondere die Preisbildung, hat [1].

Daß in § 22 I GWB nicht der dynamische Wettbewerb gemeint ist, ergibt sich auch unmittelbar aus dem Gesetz. Dieses sieht in § 22 I GWB den Wettbewerb und die Marktbeherrschung geradezu als sich ausschließende Gegensätze an. Da Monopol bzw. Marktbeherrschung einerseits, wie auch immer man sie im einzelnen verstehen mag, und der dynamische Wettbewerb andererseits nicht im Widerspruch stehen [2], sich zumindest nicht in jedem Falle ausschließen, kann dem § 22 I GWB nur ein anderer Wettbewerbsbegriff zugrundeliegen.

Es dürfte angeraten sein, das Wesen dieses Wettbewerbs vielmehr in seiner "Entmachungswirkung" [3] zu suchen, die er im Untersuchungszeitpunkt gegenüber dem möglichen Monopolisten hat.

34 22 Der "soziologische" Wettbewerbsbegriff und § 22 I GWB.

Einige Autoren, unter mehreren vor allem Fikentscher [4] und Abbott [5], vertreten im Anschluß an Haerry [6] den sogenannten soziologischen Wettbewerbsbegriff. Danach ist Wettbewerb der Wettstreit

1) siehe oben Seite 133/134.
2) Hildebrand S. 52 ff, 56/57.
3) Böhm S. 179; Mestmäcker, Das marktbeherrschende Unternehmen S. 8.
4) Fikentscher S. 39; Borchardt-Fikentscher S. 15; ebenso Baumbach-Hefermehl Allgem.Anm. 9.
5) Abbott S. 119 - 128, v.a. S. 126.
6) Hans Haerry, Die Intensität des Wettbewerbs; Winterthur 1954 v.a. S. 2o,3o,4o.

sich gegenseitig beeinflussender Wirtschaftssubjekte um den Vertragsschluß mit Dritten durch In-aussichtstellen möglichst günstiger Geschäftsbedingungen. Dazu ist erklärend hervorzuheben, daß unter gegenseitiger Beeinflussung nur - oder in erster Linie [1] - die spürbare Einwirkung der Handlungen der einzelnen Unternehmer aufeinander zu verstehen ist [2].

Dieser Wettbewerbsbegriff ist - wie die überkommene Marktformenlehre [3] - auf die Betrachtung der Beziehungen der Wettbewerber zueinander abgestellt. Daher wird dieser Wettbewerbsbegriff im rechtlichen Bereich immer für das sogenannte Wettbewerbsverhältnis im Sinne des Rechts des unlauteren Wettbewerbs maßgeblich sein. Jedoch ist der sogenannte "soziologische" Wettbewerbsbegriff nicht auf das Interesse Dritter am Wettbewerb ausgerichtet, um das es im GWB vornehmlich geht, das aber in der Literatur so wenig konkretisiert ist [4].

Gegen die Anwendung dieses Wettbewerbsbegriffes bei der Auslegung von § 22 I GWB bestehen Bedenken, weil er wieder Elemente des dynamischen Wettbewerbs enthält und er außerdem eben nur den spürbaren Wettbewerbsdruck einzelner Konkurrenten auf das Verhalten des Anbieters berücksichtigt. Zudem würden mit diesem Wettbewerbsbegriff wieder Elemente der Schneiderschen Marktformen, vor allem des Oligopols, in die Bestimmung der Marktbeherrschung eingeführt.

Auch interessiert bei der "Momentaufnahme" [5] der Marktstruktur nach § 22 I GWB nicht die anspornende und damit fortschrittsfördernde Wirkung des oligopolistischen Kampfwettbewerbs, sondern der

---

1) Fikentscher S. 37 ff.
2) Haerry S. 17; Haerry (S. 20/74 ff) spricht von "Bedrohung"; vgl. Krelle S. 13 und Baumbach-Hefermehl Allgem. Anm. 9.
3) siehe oben Seite 147
4) vgl. Lukes S. 164 und Schmitz S. 2090.
5) siehe oben Seite 133/134

Wettbewerb ist hier nur unter der Fragestellung "wesentlich", ob er zu einer Marktstruktur beiträgt, die zur "richtigen" Regelung der Verhältnisse im Untersuchungszeitpunkt führt. Das heißt: § 22 I GWB ist auf Kontrollfunktionen beschränkt und nicht zur Förderung fortschrittsfördernden, dynamischen Wettbewerbs bestimmt [1].

Zur "richtigen" Regelung führt auch ein Wettbewerb der vielen, die sich gegenseitig nicht kampfartig beeinflussen (können). Wollte man unter Wettbewerb bei § 22 I GWB den Wettbewerb im obigen soziologischen Sinne verstehen, so wären Anbieter auf Märkten mit annähernd homogener atomistischer Marktstruktur wie z.B. in der Landwirtschaft [2] ohne Wettbewerber und daher marktbeherrschend; auch bei atomistischer Konkurrenz herrscht also Wettbewerb [3].

Übereinstimmung besteht allerdings insofern mit den Vertretern des soziologischen Wettbewerbsbegriffs, als nicht nur bei atomistischer homogener Konkurrenz, sondern auch vor allem beim heterogenen Oligopol bzw. der monopolistischen Konkurrenz unter wenigen [4] hinreichender Wettbewerb vorliegen kann.

Zum Wettbewerb im Sinne des § 22 I GWB, dem ein Unternehmen "ausgesetzt" ist, sind also alle - auch die für sich gesehen unbedeutenden Einwirkungen des Angebots anderer Anbieter - homogener und heterogener Güter - auf den Absatz des Unternehmens

1) Dynamische Gesichtspunkte ergeben sich aber beim "richtigen" Preis, der den Anreiz zu Neuentwicklungen durch Deckung der Entwicklungskosten zulassen muß; siehe oben Seite 72
2) vgl. auch die Textilindustrie mit ihrem heterogenen polypolistischen (Erich Schneider S. 73) Markt.
3) so übrigens auch Fikentscher S. 37/38 und Borchardt-Fikentscher S. 15.
4) Fikentscher S. 37.

zu rechnen. Der soziologische Wettbewerbsbegriff berücksichtigt stattdessen jedoch nur spürbare Einzelwirkungen der einzelnen Konkurrenten.

Als Ausdruck dieser spürbaren Einwirkung wird ein größeres Maß der sogenannten Kreuzelastizität der Nachfrage angesehen; diese Kreuzelastizität der Nachfrage, ausgedrückt im sogenannten Triffinschen Koeffizienten [1], gibt die vermutliche prozentuale Änderung der Nachfrage(menge) nach einem bestimmten Gut eines Abnehmers im Verhältnis zu der sie verursachenden prozentualen gedachten Preisänderung eines bestimmten Konkurrenzgutes an [2]; d.h.: die Kreuzelastizität sagt etwas darüber aus, wie sehr der Anbieter des ersteren Gutes sich auf das Verhalten des bestimmten Konkurrenten einstellen muß.

. . Als Ausdruck des Wettbewerbs, dem ein Unternehmen von Seiten einzelner Unternehmer ausgesetzt ist, kann man sich statt der Kreuzelastizität auch ein Maß denken, das die Reaktion der Nachfrage auf gedachte Qualitätsänderungen der Konkurrenten angibt [3]. Vor allem aus Gründen der Anschaulichkeit soll hier allein die Kreuzpreiselastizität betrachtet werden [4].

Die Kreuzelastizität der Nachfrage eines Gutes kann gegenüber einem bestimmten Konkurrenzangebot eines bestimmten Anbieters ein so geringes Maß erreichen, daß der Wettbewerbsdruck dieses Konkurrenten nicht mehr spürbar ist; dann liegt insoweit kein Wettbewerb im Sinne des soziologischen Wettbewerbsbegriffes vor.

---

1) Triffin S. 98 ff, v.a. S. 101-103; Erich Schneider S. 31.

2) $\frac{\partial q_i \cdot p_k}{q_i \cdot \partial p_k}$

3) siehe oben Seite 131

4) siehe oben Seite 131

Dennoch besteht eine Einwirkung auf die Daten und damit die Preisüberhöhungsmöglichkeit des Anbieters des Gutes. Zwar ist bei dieser geringen Einwirkung des einzelnen Konkurrenten jede Kampf- und Verhandlungsstrategie ausgeschlossen. Dennoch kann das Konkurrenzangebot zahlreicher anderer insgesamt, wie der Fall der atomistischen Konkurrenz zeigt, eine sehr große Bedeutung für das Handeln eines Unternehmens haben, so daß es sich durchaus einem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt sehen kann.

34 23 Die Intensität des Wettbewerbsdrucks bei den verschiedenen Marktformen.

Wie sich die Intensität des Wettbewerbs für ein Unternehmen aus dem Angebot der Konkurrenten, und zwar aller anderen Anbieter ergibt, wird bei Betrachtung der oben dargestellten Bedarfsdeckungsskala des einzelnen Konsumenten deutlich. In der Bedarfsdeckungsskala des einzelnen Konsumenten sind die einzelnen Einheiten der verschiedenen Konsumgüter nach ihrer Dringlichkeit, nämlich nach dem Nutzen pro Geldeinheit aufgereiht, in der Reihenfolge, in der sie bei fortlaufender Erhöhung des Konsumeinkommens zusätzlich gekauft würden [1].

In diese Skala der bei einem bestimmten Nominaleinkommen gekauften Gutseinheiten kommt, wenn man von Qualitätsänderungen absieht, nur dann Bewegung, wenn sich die Preise der Güter verändern. Von den Preisen hängt nämlich der Nutzen jeden Gutes pro Geldeinheit ab; dieser aber ist allein für die Reihenfolge der verschiedenen Güter entscheidend [2].

Das "Auf- und Absteigen" innerhalb der Skala bedeutet "Weitererwerb" der Gutseinheiten trotz Preisänderung; solche Verschiebungen in der Skala sind für den Wettbewerb zwischen den Gütern um den Konsumenten ohne Bedeutung; hierfür interessiert nur die Ersetzung von Gütern durcheinander, die bei Preisveränderungen eintritt.

In der Regel gibt es für jedes Gut eines oder mehrere ähnliche Ersatzgüter; nimmt der Anbieter des einen Gutes eine Preiserhöhung vor, und sieht man zunächst von einer Reaktion der

1) siene oben Seite 85
2) siehe oben Seite 85

Anbieter des Ersatzgutes mit einer Preiserhöhung ab [1] [2], so stellt sich die Substitution in der Bedarfsdeckungsskala als Ersetzung mehrerer der sich an verschiedenen Stellen der Bedarfsdeckungsskala befindlichen Einheiten des verteuerten Gutes durch sich gleichsam neben der Skala in gleicher Höhe befindliche Einheiten verschiedener Ersatzgüter dar [3].

Der Umfang der Abwanderung der Nachfrager zu den Ersatzgütern und damit der Rückgang der Nachfrage nach dem verteuerten Gut hängt nur vom Nutzen und den Preisen (d.h. vom Nutzen pro Geldeinheit) der Güter ab; daher geschieht diese Substitution auch dann, wenn die Einheiten des oder der Ersatzgüter von vielen einzelnen Anbietern (ohne spürbaren Markteinfluß angeboten werden. Also sieht sich der Anbieter auch dann einem Wettbewerbsdruck ausgesetzt, wenn kein spürbarer Markteinfluß eines oder mehrerer einzelner Konkurrenten vorliegt.

Dieser Wettbewerbsdruck kann bei zahlreichen Konkurrenzanbietern eines homogenen Gutes -beim Fehlen von persönlichen und örtlichen Präferenzen -soweit gehen, daß die zur "richtigen" Regelung führende homogene atomistische Konkurrenz erreicht ist und zwar, ohne daß Wettbewerb im "soziologischen" Sinne vorliegt.

In der Bedarfsdeckungsskala stellt sich dieser Vorgang dergestalt dar, daß die völlig gleichartigen und zu unveränderten Preisen dargebotenen Gutseinheiten der Konkurrenten bei der geringsten Preiserhöhung des bisherigen Verkäufers sämtliche sich von oben bis unten in der Bedarfsdeckungsskala befindlichen Einheiten des verteuerten Gutes ersetzen [4].

Wie wenig es auf den spürbaren Wettbewerb des einzelnen Konkurrenten ankommt und wie wenig die Schneiderschen Marktformen über den Wettbewerbsdruck aussagen, läßt sich sogar an der Schneiderschen Marktform des reinen Monopols darlegen. Nach Schneider, der die Marktformen ja nur nach der Art der Wettbewerbsbeziehungen systematisiert, ist der Monopolist ohne jeden Wettbewerber, und sein Absatz ist allein von seinen Entscheidungen und dem Verhalten der Käufer abhängig [5].

1) zum Oligopol siehe aber unten Seite 161ff
2) Das ist auch Bedingung beim Maß der Kreuzelastizität der Nachfrage.
3) siehe oben Seite 91/92
4) vgl. oben Seite 92 Anm 4
5) Erich Schneider S. 71.

Jedes Gut dient zwar der Befriedigung eines bestimmten Bedürfnisses innerhalb einer Bedürfnisgruppe, und es dürfte daher in der Regel auch ein zumindest entferntes Substitutionsgut [1] vorhanden sein, von dem ein gewisser Wettbewerbsdruck ausgeht. Aber dennoch ist das reine Monopol als Grenzfall denkbar; allerdings ist die Eigenschaft "ohne jeden Wettbewerber" nur so zu verstehen, daß keine bestimmten, das "gleiche" Bedürfnis befriedigenden Konkurrenzangebote vorhanden sind; denn bei Betrachtung der Bedarfsdeckungsskala ergibt sich, daß jede Gutseinheit zumindest mit allen "anderen" Gütern im "Kampf" um die Reihenfolge in der Bedarfsdeckungsskala steht.

Dieser Wettbewerb mit "allen" Gütern, wie er bei Schneiders reinem Monopol vorliegt, sieht im Regelfall so aus, daß bei einer Preiserhöhung einige der über fast die ganze Skala verteilten Einheiten des verteuerten Gutes (nur) am unteren Ende der Skala ausscheiden und zum Teil [2] durch außerhalb der Skala an deren Ende nachfolgende Einheiten der verschiedenen Güter ersetzt werden [3].

Obwohl diese "Ersatzgüter" - jedenfalls bei den verschiedenen Konsumenten - völlig verschieden sind und daher von vielen Einzelanbietern (ohne spürbaren Wettbewerbsdruck) angeboten werden, ist damit noch nicht das Fehlen wesentlichen Wettbewerbs bewiesen. Ob dem "Monopolgut" wesentlicher Wettbewerb durch die verschiedenen außerhalb der Skala nachfolgenden Güter droht, hängt vielmehr vom "Rang" des Monopolgutes in der Bedarfsdeckungsskala ab.

Ist das Monopolgut ein "entbehrliches Gut", so befinden sich seine Einheiten nahe beieinander in der Nähe des Endes der Skala, und es wird schon bei einer leichten Preiserhöhung ein Kaufverzicht größeren Umfanges erfolgen; ist das Monopolgut jedoch lebensnotwendig, so befinden sich seine Einheiten am Beginn der Skala und werden erst bei immensen Preissteigerungen infolge Verkürzung der Bedarfsdeckungsskala nicht mehr gekauft. [4]

---

1) die von Abbott sogenannten "unvollkommenen Substitute" (Abbott S. 15).
2) nur zum Teil; wegen der "Verkürzung" der Skala; siehe oben Seite 90
3) siehe oben Seite 90/91
4) Erst bei solchen Gütern, die trotz Preiserhöhungen wegen ihres hohen Nutzens nicht hinter andere Güter "absteigen", sollte man von einem absoluten Monopol sprechen. Bei diesen Gütern, etwa Rauschgiften, ergibt sich eine geneigte Nachfragekurve nur infolge der Verkürzung der Bedarfsdeckungsskala, nämlich dann, wenn das Einkommen nicht zu ihrem Erwerb hinreicht.

Weder die Schneiderschen Marktformen noch das Vorliegen spürbaren Wettbewerbs sagen also Hinreichendes über den Wettbewerb, nämlich die Gesamtheit der Einwirkungen der Marktteilnehmer auf die Handlungsfreiheit eines Anbieters, aus. Das läßt sich nicht nur an Schneiders reinem Monopol, sondern auch an den anderen Marktformen zeigen; allerdings dürfte bei diesen anderen Marktformen in der Regel wegen des Angebots von gleichen oder verwandten Gütern ein höheres Maß an Wettbewerb vorliegen.

34 24 Die Intensität des Wettbewerbs und die Nachfrageelastizität.

Der für § 22 GWB maßgebliche Wettbewerb ist (also) bei allen Marktformen mehr oder weniger vorhanden und daher nach für alle Marktformen gemeinsamen Gesichtspunkten zu erfassen: die Gesamtheit der möglichen Einwirkungen von Konkurrenten auf den Absatz des Anbieters gibt an, welchem Wettbewerb dieser ausgesetzt ist. Vielleicht läßt sich bei dieser Auslegung des Begriffes "Wettbewerb" auch der Wortlaut des § 22 I GWB mit dem oben dargelegten Monopolbegriff vereinbaren, der von der Handlungsfreiheit der Marktpartner ausgeht.

Wettbewerb und Freiheit der Nachfragerschaft sind zwei Seiten derselben Sache. Mißt man nämlich den von der Konkurrenz ausgehenden wettbewerblichen Einfluß auf den Anbieter nach der Kreuzelastizität der Nachfrage und die "Freiheit" der Marktgegenseite, wie schon vorgeschlagen, nach der Nachfrageelastizität (der direkten Preiselastizität der Nachfrage), so läßt sich (sogar) ein exakter Zusammenhang zwischen "wesentlichem Wettbewerb" (§ 22 I GWB) und hinreichender Freiheit der Abnehmer oder zwischen geringem Wettbewerb und weitgehender Freiheitsbeschränkung der Abnehmer aufzeigen.

Um sich diesen Zusammenhang klarzumachen, ist es sinnvoll, die Substitutionsbeziehungen zwischen nur zwei Gütern an Hand der Bedarfsdeckungsskala zu betrachten. Wie bereits dargelegt, ist für die

"Substitution" zwischen zwei Gutseinheiten - ob sie nun am Ende der Bedarfsdeckungsskala oder im Verhältnis zu den "neben" der Skala befindlichen ähnlichen oder gleichen Gütern erfolgt - ihr "Rangverhältnis" in der Skala entscheidend. Nur die Veränderung dieses Rangverhältnisses führt zur Substitution zwischen beiden Gutseinheiten.

Für diese Substitution zwischen den zwei Gütern ist es daher ohne Bedeutung, ob der Preis des einen Gutes bei gleichem Preis des Ersatzgutes [1] erhöht oder der Preis des Ersatzgutes bei gleichem Preis des ersteren Gutes [2] zu gleichem Prozentsatz ermäßigt wird. Die weniger gekauften Mengen des einen Gutes (bzw. die mehr gekauften des Ersatzgutes) sind daher in beiden Fällen gleich.

Die prozentuale Mengenverringerung bei dem einen Gut findet in jedem der beiden Fälle jeweils in einem bestimmten Koeffizienten Ausdruck: Bei Preisermäßigung des Ersatzgutes ist es die Kreuzelastizität der Nachfrage; der entsprechende Koeffizient bei der Preiserhöhung des zu ersetzenden Gutes selbst ist eine Teilgröße der Nachfrageelastizität, nämlich die direkte Preiselastizität der Nachfrage (Nachfrageelastizität), soweit sie auf der Konkurrenz durch das eine Ersatzgut beruht. (vereinfacht: "direkte Teilelastizität der Nachfrage"). Krelle nennt den letzteren Koeffizienten "Beweglichkeit der Nachfrage" [3].

Da die Mengenverringerung des ersteren Gutes bei einer Preiserhöhung des ersteren Gutes und bei einer prozentual gleichen Preisermäßigung des Ersatzgutes, also in beiden Fällen, gleich ist, sind auch die beiden Koeffizienten, die Kreuzelastizität der Nachfrage und die "direkte Teilelastizität der Nachfrage" gleich.

1) und 2) Zu den Besonderheiten beim Oligopol (oder gar bei dem asymmetrischen Teilmonopol) siehe unten Seite 161ff und Triffin S. 101/2.
3) Krelle S. 8 ff.

Da die Summe der direkten Teilelastizitäten zu allen Ersatzgütern jedoch die Nachfrageelastizität ergibt [1], ist die Nachfrageelastizität auch gleich der Summe der Kreuzelastizitäten der Nachfrage im Verhältnis zu allen - auch den nicht gleichen oder ähnlichen - Ersatzgütern [2];

Diese Erkenntnis hat keine unmittelbar praktische Bedeutung - denn die für sich gesehen oft sehr geringe Kreuzelastizität ist gar nicht im Verhältnis zu allen Gütern meßbar [3] -,aber hierdurch wird das Verhaltnis zwischen Wettbewerbsdruck und Freiheit der Abnehmerschaft deutlich.

Sieht man nämlich als den Wettbewerb, dem ein Unternehmen im Sinne von § 22 I GWB ausgesetzt ist, die Gesamtheit der Einwirkungen anderer Anbieter auf den Absatz eines Gutes an, und mißt man diese Einwirkungen für sich in der Kreuzelastizität der Nachfrage, so bedeutet das, daß die Intensität des Wettbewerbs für einen Anbieter durch die Nachfrageelastizität angegeben wird. Das Freiheitsmaß Nachfrageelastizität ist damit zugleich das für den wesentlichen Wettbwerb in § 22 I GWB zugrundezulegende Maß [4].

1) Krelle S. 10 u. 11.

2) $\frac{\partial q_i \cdot p_i}{q_i \cdot \partial p_i} = \sum \frac{\partial q_i \cdot p_j}{q_i \cdot \partial p_j}; \frac{\partial q_i \cdot p_k}{q_i \cdot \partial p_k}; \frac{\partial q_i \cdot p_l}{q_i \cdot \partial p_l}; \ldots$
Krelle S. 10-12 stellt nur den Zusammenhang zwischen "Beweglichkeit der Nachfrage" und der Nachfrageelastizität, nicht aber den zwischen Kreuzelastizität der Nachfrage ("Wettbewerbsdruck") und Nachfrageelastizität dar.

3) Mestmäcker, Das marktbeherrschende Unternehmen... S. 12; Madlup, The Political Economy of Monopoly 1952 S. 9.

4) Ein ähnliches Maß läßt sich auch für den Fall des Nachfragemonopols bei Betrachtung des Wettbewerbs der Mitnachfrager entwickeln. Weitergehende Erörterungen zum Sonderproblem der Nachfragemacht sollen hier jedoch der Übersichtlichkeit wegen unterbleiben (siehe oben Seite 10 Anm. 4). Dasselbe gilt für das bilaterale Monopol. Hier hebt sich zwar die Macht der beiden Seiten weitgehend auf; jedoch legt der Wortlaut des § 22 I GWB die Betrachtung nur jeweils einer Seite nahe; auch empfiehlt sich wegen der Gefahr von Machtkämpfen eine kartellbehördliche Kontrolle (Meyer-Cording S. 44).

34 25 Die Nachfrageelastizität als Maß zur Bestimmung der Wettbewerbslage beim marktbeherrschenden Oligopol nach § 22 II GWB.

Die Klarheit der Erkenntnis vom Zusammenhang von Wettbewerb und Nachfrageelastizität wird ein wenig getrübt, wenn man - hier nur kurz - den Wettbewerb bei oligopolistischen Verhältnissen betrachtet. Bisher wurde nämlich bei der Nachfrageelastizität und bei der Kreuzelastizität der Nachfrage unterstellt, daß bei der Erhöhung (Änderung) des Preises eines Gutes der Preis der Konkurrenzgüter unverändert bleibt. Diese Unterstellung ist bei den Marktformen der homogenen und heterogenen polipolistischen Konkurrenz und des reinen Monopols möglich, da dort die Preisveränderung eines Unternehmens keinen merklichen Einfluß auf den Absatz und damit den Preis der zahlreichen Konkurrenten haben kann.

Es gibt jedoch auch Unternehmer, die sich oligopolistisch (im Sinne Schneiders) verhalten, die also mit reaktiven Maßnahmen einiger Konkurrenten, in der Regel vor allem gleichläufigen Preisanpassungen auf die eigene Preisveränderung hin, rechnen. In diesen Fällen, die hier nur kurz behandelt werden können, ist die wirkliche Preis-Absatz-Funktion von der Kurve bei konstanten Preisen der Konkurrenz verschieden und zwar - zumindest im Bereich bis zu einem bestimmten Preis [1] - steiler.

Die dem entsprechende geringere Nachfrageelastizität bedeutet eine verstärkte Freiheitsbeeinträchtigung der Abnehmerschaft und damit ein höheres Maß an Monopolisierung. Zugleich nimmt infolge des "gleichläufigen" reaktiven Verhaltens der Konkurrenten der Wettbewerbs(druck) ab. Das gilt aber nur, wenn nicht die beim Oligopol sehr häufigen Kampfsituationen vorliegen.

Für das marktbeherrschende Oligopol (§ 22 II GWB) interessiert aber nicht jeder Fall des Oligopols [2], sondern nur die Oligopole, bei denen "aus tatsächlichen Gründen" der Wettbewerb verringert ist. In diesen Fällen besteht wiederum der oben beschriebene Zusammenhang zwischen der Höhe der Nachfrageelastizit

1) Oberhalb eines bestimmten Preises ist nämlich beim Oligopol nicht mehr mit reaktivem Planen der Konkurrenten zu rechnen; dann liegt die sog. kinky-demand-curve vor (Erich Schneider S. 65/66,9o).

2) siehe oben Seite 148

und der Freiheitsbeeinträchtigung einerseits und der Intensität des Wettbewerbs andererseits.

Deutlich ist das im Falle gegenseitiger oligopolistischer - reaktiver - Verhaltensweisen gleich starker Wettbewerber; denn dann entsprechen der geringeren Nachfrageelastizität infolge "Nachziehens" der anderen geringere Kreuzelastizitäten [1] der Nachfrage (d.h. insgesamt ein geringerer Wettbewerbsdruck).

Schwierige Zusammenhänge bestehen jedoch schon bei asymmetrischen Marktverhältnissen [2] wie beim Euckenschen Teilmonopol. Aber auch da läßt sich der Wettbewerb, die Gesamtheit der Einwirkungen auf den Absatz des Anbieters - vor allem der verschieden großen Einwirkungen des "Großen" bzw. des "Kleinen" -, in der Nachfrageelastizität ausdrücken. Entsprechend dem Wettbewerbsdruck und damit der Nachfrageelastizität kann der "Große" beim Teilmonopol marktbeherrschend und der "Kleine" nicht marktbeherrschend sein.

Jedenfalls ist es für das vorliegende Problem der Meßbarkeit von Wettbewerb und Monopolisierung ohne Bedeutung, ob die geringere Nachfrageelastizität wie beim reinen Monopol auf dem Fehlen ähnlicher Güter oder wie beim Oligopol (und Teilmonopol) auf der gegenseitigen Abhängigkeit der Anbieter beruht. Sogar, wenn über die reaktive Planung hinaus eine einheitliche Willensbildung [3] wie bei Preisführerschaft oder beim gentleman agreement oder beim Kartell zustandekommt, kann das Fehlen wesentlichen Wettbewerbs zu Außenseitern an Hand der Nachfrageelastizität festgestellt werden.

Ob es allerdings möglich und sinnvoll ist, beim Oligopol aus oft verschiedenartigen Unternehmen, wie § 22 II GWB es vorsieht, erst eine Gruppe sich nicht konkurrierender Anbieter zu bilden und dann die Marktbeherrschung der Gruppe - etwa nach der Nachfrageelastizität - zu ermitteln, erscheint zweifelhaft. Die Tatsache des reaktiven Planes der Anbieter ließe sich wenigstens an Hand der Preisabsatzfunktionen für jedes einzelne Unternehmen getrennt berücksichtigen.

---

1) wenn man hier noch von Kreuzelastizität sprechen darf.
2) Triffin S. 101/102; zur "Symmetrie" Hildebrand S. 17f
3) Sie braucht nicht notwendig auf einer Absprache zu beruhen.

Aber auch bei einheitlicher Willensbildung läßt sich eine Nachfragekurve des einzelnen Anbieters denken, die das gemeinschaftliche Handeln einberechnet; das ist nämlich die Nachfragekurve, die der Preisführer oder z.B. das entscheidende Kartellgremium bei der gemeinschaftlichen Preis-Mengen-Festsetzung für den einzelnen Anbieter zugrundelegt [1] (in dem Bereich, in dem dieser den Entscheidungen Folge leistet).

Gelingt es, die Nachfrageelastizität beim einzelnen Glied des marktbeherrschenden Oligopols festzustellen, so kann man § 22 II GWB nur als eine Erläuterung zu § 22 I GWB auffassen.

Die einzelnen Fragen [2] der Anwendung des § 22 II GWB brauchen nicht weiter verfolgt zu werden; hier genügt die Feststellung, daß der Zusammenhang zwischen der Intensität des Wettbewerbs und der Nachfrageelastizität grundsätzlich bejaht werden kann.

---

1) Diese Kurve ist - nach - nicht geknickt.
2) z.B. die Frage, ob bei einer kinky-demand-curve die Nachfrageelastizität beim tatsächlichen Preis (siehe unten Seite 164 ff) nur nach dem unteren Teil der Kurve ermittelt werden soll, da nur dieser Teil die gemeinschaftliche Preisbildung betrifft; vgl. Anm. 1 Seite 161

34 3o Die Messung der Nachfrageelastizität beim tatsächlichen Preis.

Zur Messung der Nachfrageelastizität bedarf es der Lösung einer bisher (bewußt) vernachlässigten Frage, nämlich der Frage, an welcher Stelle der Nachfragekurve, d.h. bei welchem Preis der Ware, die Nachfrageelastizität zu messen ist [1]. Die Nachfrageelastizität kann nämlich im gesamten Verlauf einer Nachfragekurve verschieden groß sein [2], wie das Beispiel der kinky-demand-curve [3] beim Oligopol [4] besonders deutlich macht.

Die Nachfrageelastizität ist bei § 22 I GWB ein Freiheitsmaß, ein Maß dafür, wie sehr die Abnehmer auf das Gut angewiesen sind und daher den Entscheidungen des Anbieters unterworfen sind. Daher ist die Nachfrageelastizität bei dem Preis zu messen, von dem aus mögliche Entscheidungen ausgehen, von dem tatsächlich vorhandenen Preis. Dieses entspricht dem Wortlaut des § 22 I GWB, der nach dem Spiegelbild der Freiheit der Abnehmer, nämlich danach fragt, welchem Wettbewerb das Unternehmen "ausgesetzt" ist.

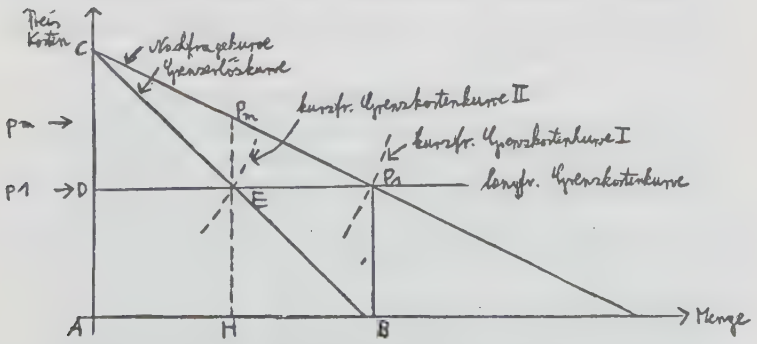
Wenn die Nachfrageelastizität beim tatsächlichen Preis als das Strukturmaß von § 22 I GWB in Frage kommen soll, muß ein gewisser Zusammenhang zwischen

1) Dieses Problem taucht nicht nur bei der Betrachtung der Nachfrageelastizität auf, sondern ebenso bei anderen Monopolmaßen, vor allem dann, wenn man den Wettbewerb (nach der spürbaren Einwirkung einzelner Konkurrenten) etwa nach der Kreuzelastizität der Nachfrage mißt. Ja selbst die Bestimmung des relevanten Marktes eines Gutes, wenn sie nach dem Wettbewerb des Gutes zu den Ersatzgütern vorgenommen wird (siehe unten Seite 172), fällt je nach dem Preis des Gutes verschieden aus. Dieses Problem, von welchem Preis des Gutes auszugehen ist, wird in der Literatur nicht mit hinreichender Deutlichkeit hervorgehoben.
2) Bei gleichbleibender Nachfrageelastizität müßte die Nachfragekurve den Verlauf einer zwischen die x- und die y-Achsen gelegten Hyperbel haben.
3) Erich Schneider S. 65/66,9o.
4) oder bei "vertikalem" Qualitätswettbewerb (Abbott 146/47); vgl. oben Seite 92

dieser Nachfrageelastizität beim tatsächlichen Preis und der tatsächlichen Preisüberhöhung bestehen. Denn bei den Überlegungen zur Marktstruktur sollte man stets das Interesse der Kunden am Wettbewerb im Auge behalten [1].

Daß ein weitgehender Zusammenhang zwischen der Preisüberhöhung und der Nachfrageelastizität besteht, läßt sich an einem vereinfachten Fall [2] verdeutlichen. Die langfristige Grenzkostenkurve eines Anbieters mit geneigter Nachfragekurve verlaufe parallel zur x-Achse. Diese Gestalt der langfristigen Grenzkostenkurve ist bei Produktionen in mehreren Anlagen durchaus realistisch.

Bei Gütern ohne spürbare kurzfristige Nachfrageschwankungen kann die Kapazität der Anlagen (je nach Zielsetzung) fast genau an die Nachfrage angepaßt werden. Die gewinnmaximale Ausbringungsmenge, zu der die "mögliche Preisüberhöhung" gehört [3], ergibt sich dann beim Schnittpunkt der langfristigen Grenzkostenkurve mit der Grenzerlöskurve (E in Figur 6) [4], der"mögliche." Monopolpreis pm beim entsprechenden Punkte Pm der Nachfragekurve.



Figur 6

1) Lukes S. 164; vgl. oben Seite 122/23
2) ähnlich Lerner S. 25 ff.
3) siehe oben Seite 134
4) siehe oben Seite 49

"Richtiger" Preis pl und "richtige" Ausbringungsmenge ergeben sich bei Pl. Bei dem beschriebenen Kostenverlauf ist die Preisüberhöhung PmE - über den Grenzkostenpreis pl - gleich der Differenz zwischen dem "möglichen" Monopolpreis pm und dem Grenzerlös EH.

$$PmE = pm - EH$$

Nach der Robinson-Amoroso-Formel ist der Grenzerlös durch den Preis und die Nachfrageelastizität bestimmt [1].

$$EH = pm\ (1 - 1/e)$$

Die Preisüberhöhung ist dann ebenfalls durch den Monopolpreis und die Nachfrageelastizität bestimmt

$$PmE = pm - pm\ (1 - 1/e)$$
$$PmE = pm - pm + pm/e$$
$$PmE = pm/e$$

Der Anteil A der Preisüberhöhung am Monopolpreis ist dann

$$A = PmE/pm = pm/e \cdot 1/pm = 1/e$$
$$A = 1/e$$

Daraus ergibt sich, daß bei waagerechtem Verlauf der langfristigen Grenzkostenkurve der Anteil der Preisüberhöhung genau umgekehrt proportional der Nachfrageelastizität ist [2]; die mögliche Preisüberhöhung ist also umso größer, je geringer die Elastizität der Nachfrage bei diesem (kurzfristig) gewinnmaximalen Preis ist.

Das gilt für den Zusammenhang zwischen Preisüberhöhungsmöglichkeit und der Nachfrageelastizität bei diesem "möglichen" Preis. Die Nachfrageelastizität beim tatsächlichen - oft darunter liegenden [3] - Preis weicht hiervon ab, aber in der Regel nicht wesentlich [4]. Ein genauer Zusammenhang zwischen der

---

1) Erich Schneider S. 90.
2) Das gilt bei tatsächlich kurzfristiger Gewinnmaximierung auch für das Lernersche Maß (siehe oben Seite 129), die relative tatsächliche Preisüberhöhung; vgl. Borchardt-Fikentscher Anm. 43 S. 66.
3) siehe oben Seite 130
4) Vor allem ist sie nicht erheblich höher als die Nachfrageelastizität beim "möglichen" Preis, denn sonst wäre ja die tatsächliche Menge mit dem etwas geringeren Preis viel größer und daher selbst kurzfristig gewinnmaximal.

der Nachfrageelastizität beim tatsächlichen Preis und der Preisüberhöhungsmöglichkeit braucht auch nicht zu bestehen; denn die marktbeherrschende Stellung nach § 22 I GWB ist eine Struktur, die nur typischerweise zur Preisüberhöhung führt. Daher sind auch die weiteren Besonderheiten der Wirklichkeit gegenüber dem behandelten Modell, vor allem bezüglich des Verlaufs der Kostenkurven und bezüglich berechtigter Überschreitung der Grenzkostenpreise [1] zu vernachlässigen.

Es wird also in § 22 I GWB nicht die Preisüberhöhungsmöglichkeit oder gar die tatsächliche, schon beim Monopolmißbrauch erfaßte, Preisüberhöhung selbst umschrieben, sondern § 22 I GWB ist gerade auch, indem es von fehlendem Wettbewerb ausgeht, auf das Monopol als ein die Freiheit beschränkender Zustand abgestellt; daß diese Struktur typischerweise zur Preisüberhöhung führen kann, konnte dargelegt werden.

34 4o Hinweis auf die praktische Messung der Nachfrageelastizität.

Ob ein Unternehmen "keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt" (§ 22 I GWB) ist, ist also nach der Nachfrageelastizität beim tatsächlichen Preis zu bestimmen [2] [3].

---

1) siehe oben Seite 614
2) Für die Nachfrageelastizität als Monopolmaß George J. Stigler, The Theory of Price, New York 1953 S. 2o6 und deutlich auch Hildebrand S. 7o (ohne weitere Begründung).
3) Abzulehnen ist das Maß Rothschilds (Rothschild, The Degree of Monopoly Ec.Vol. IX 1942 S. 24 f), der die relative Steigerung der Nachfragekurve gegenüber der "industry", der der Anbieter angehört, zugrundelegt; abgesehen von rechtlichen Schwierigkeiten der Abgrenzung der industry würde dieses Maß eine verschieden scharfe Monopolkontrolle je nach industry zur Folge haben.

Das setzt Kenntnisse über den Verlauf der Nachfragekurve (nur) im Bereich um den tatsächlichen Preis voraus. In der Praxis wird es etwa sinnvoll sein, sich zu fragen, um welchen Prozentsatz sich der Absatz z.B. bei einer fünfprozentigen Preiserhöhung verringern wird; aus dem Verhältnis dieser Prozentzahlen kann man dann die Nachfrageelastizität ermitteln.

Eingehende Erörterungen zur praktischen Ermittlung der Nachfragekurve und zu den Beweisproblemen sind nicht die eigentliche Aufgabe dieser Untersuchung [1]; Gedanken hierzu tauchen auch in anderem Zusammenhang auf, nämlich immer, wenn es um die Preis-Absatz-Funktion geht, z.B. bei der betrieblichen Preisfestsetzung oder bei der Bestimmung des "richtigen" Preises [2] und des Preisüberhöhungs- und Verzichtsschadens [3]. Jedenfalls bereitet die Ermittlung der Nachfrageelastizität geringere Schwierigkeiten als die von Gerichten oft unternommene Feststellung der Kreuzelastizität der Nachfrage [4].

Erforderlich für die Kenntnis der Nachfragekurve sind vor allem Überlegungen über die Bedarfs- und Einkommensstruktur der Abnehmer und über das Angebot von Ersatzgütern. Kurz, es ist hier auf die Überlegungen des Betriebswirtes zu verweisen, die dieser bei der Absatzplanung über die Preis-Absatz-Funktion anstellen wird.
Bedeutsam werden vor allem die Vorstellungen sein, die sich der zu untersuchende Anbieter selbst über seine Marktlage und die Nachfrageelastizität seines Gutes macht [5]. Das bedeutet jedoch keine Übernahme

1) siehe oben Seite 1
2) siehe oben Seite 57
3) siehe oben Seite 100/101
4) z.B. im Cellophanfall (bei Kronstein-Miller-Schwartz S. 31/32) oder: OLG Stuttgart WUWE OLG 423/426 = WUW 62,61/64.
5) oft nur in der "Parallelwertung in der Laiensphäre" (strafrechtlicher Ausdruck; vgl. Schönke-Schröder § 59 IX 3).

des subjektiven Begriffs der Marktbeherrschung, wie er von Borchardt und Fikentscher [1] vertreten wird. Danach ist die Marktstellung eines Anbieters allein nach den Daten zu bestimmen, die er selbst seinen Planungen zugrundelegt.

Zwar liegt dieses subjektive Bild des Marktes dem jeweiligen Verhalten des Unternehmers zugrunde; jedoch geht § 22 I GWB von der objektiven Marktstellung aus, davon, ob der Anbieter einem "wesentlichen Wettbewerb" ausgesetzt ist.

§ 22 I GWB umschreibt eine Struktur, die typischerweise zu "unrichtigem" Verhalten führt [2]. Geht man jedoch von der Gefährlichkeit einer Marktstellung aus, so ist der sich irrig für einen Monopolisten Haltende ohne Interesse; wohl aber bedarf der Anbieter, der seine Monopolstellung nicht kennt, der kartellbehördlichen Kontrolle, da er sich der wirklichen Lage bewußt werden könnte. Die subjektive Ansicht des Anbieters ist nur ein Kriterium [3], aber immerhin ein gutes Hilfsmittel zur Bestimmung der objektiven Nachfrageelastizität.

34 5o Hinweis auf das kritische Maß der Monopolisierung nach § 22 I GWB.

Entscheidend für die Rechtssicherheit der Anwendung von § 22 I GWB ist die Tatsache, daß mit der Nachfrageelastizität ein Monopolmaß gefunden ist, das die Marktstruktur nur unter einem Gesichtspunkt, nämlich der Freiheit der Nachfragerschaft, betrachtet. Denn damit entfällt das Problem der Gewichtung mehrerer Teilmaße im Verhältnis zueinander. -

1) Borchardt-Fikentscher S. 72 ff; Fikentscher S. 74/75.
2) siehe oben Seite 126
3) Ebenso Mestmäcker, Das marktbeherrschende Unternehmen... S. lo oben.

Unterschreitet die Nachfrageelastizität ein gewisses Maß, so liegt ein marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne von § 22 I GWB vor, Welcher Wert dieses kritische Maß darstellt, kann in dieser Untersuchung zur Meßbarkeit nicht festgestellt werden; entscheidend ist die angestrebte Schärfe der Monopolkontrolle. Die Entscheidung hierzu ist weiteren Untersuchungen und vorerst der richterlichen "Wertung" [1] zu überlassen [2].

1) vgl. oben Seite 120/21
2) Der kritische Wert wird jedenfalls über 1 liegen; denn, wenn die Nachfrageelastizität bei der tatsächlich ausgebrachten Menge unter 1 liegt, dann ist der Grenzerlös negativ (Erich Schneider S. 89), so daß sich eine Ausbringung bei der entsprechenden Menge nicht lohnt.

35 oo Die Abgrenzung des relevanten Marktes und die Bestimmung der Marktbeherrschung nach § 22 I GWB.

Nach dem Wortlaut des § 22 GWB muß ein marktbeherrschendes Unternehmen "für eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen" "keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt" sein.

Die herrschende Meinung nimmt an, daß mit den Worten "für eine bestimmte Art ..." das Beherrschungsfeld, und, da der Wettbewerb als Gegenkraft der Machtausübung angesehen wird [1], mit den Worten "ohne Wettbewerber oder ..." die Beherrschung gemeint ist [2]. Wegen dieser Auslegung sah sich die h.M. im Anschluß an die Antitrust-Rechtsprechung in den USA zur Bestimmung des Beherrschungsfeldes, d.h. zur sachlichen Abgrenzung des relevanten Marktes, veranlaßt.
In der vorliegenden Darstellung ist unter Berufung auf das Reichsgericht die Marktbeherrschung in einem Zuge ermittelt worden, d.h. ohne die Trennung nach Beherrschungsfeld und Beherrschung. Damit erscheint eine Bestimmung des relevanten Marktes als überflüssig.

35 lo Die herkömmliche Auffassung vom Monopol als einer Alleinstellung auf einem Markt gleicher Güter.

Der Wortlaut des § 22 I GWB gibt allerdings Anlaß zu der Auslegung von § 22 I GWB, wie sie durch die h.M. vorgenommen wurde. Legt man nämlich den Ton auf die Worte "ohne Wettbewerber" und nicht auf die Worte "keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt", so möchte man meinen, das Gesetz sehe eine bestimmte Art der Feststellung der Marktbeherrschung vor, nämlich die langgeübte morphologische Methode, die den Markt nach der Zahl der Anbieter bzw. ihrem Marktanteil beurteilt.

1) Böhm S. 179: Entmachtungswirkung.
2) Bartholomeyczik im Gem.Komm. § 22 Anm. 18; Langen § 22 III 4; Müller-Gries § 22 Anm. 4,5; Rasch § 22 Anm. 3; Schinkel S. 51.

Unter wörtlicher Übersetzung des Wortes "Monopol", d.h. "Alleinverkauf", pflegt man nach der herkömmlichen Methode festzustellen, ob das Unternehmen seine Ware allein "oder fast allein" [1] anbietet. Für diese Frage ist es von entscheidender Bedeutung, ob noch gleiche oder ähnliche Güter außer dem Gut des möglichen Monopolisten auf dem Markt angeboten werden.

Das entscheidende Problem der Monopolkontrolle - vor allem auch in der amerikanischen Antitrust-Rechtsprechung [2] - wurde damit die Abgrenzung des Gutes des zu untersuchenden Unternehmens zu den Gütern anderer Anbieter, d.h. die Abgrenzung des relevanten Marktes.

Immerhin erkannte man, daß die Marktbeherrschung vom Wettbewerbsdruck der Konkurrenzangebote abhängt [3]. Denn es kam zur Herausbildung eines wettbewerbsbezogenen Marktbegriffes. Danach werden die Güter nach dem Wettbewerb, in dem sie zu dem Gut des zu untersuchenden Anbieters [4] stehen, zu dem relevanten Markt für das Gut zusammengefaßt [5];

---

1) Der "keinem wesentlichen Wettbewerb" ausgesetzte Anbieter wird auch noch von Bartholomeyczik (im Gem.Komm. § 22 Anm. 44) als Teilmonopolist, also nur als Sonderfall des Anbieters "ohne Wettbewerber", angesehen.
2) deutlich noch im Cellophan-Fall (bei Kronstein-Miller-Schwartz S. 3o).
3) siehe oben Seite 1584
4) Deutlich wird die Bezugnahme auf das untersuchte Gut bei der Messung der Kreuzelastizität der Nachfrage; ausdrücklich wird das aber wohl nirgends gesagt.
5) Bartholomeyczik im Gem.Komm. § 22 Anm. 35,36; Rasch § 22 Anm. 3; besonders deutlich Schinkel (v.a. S. 51/54);

dieser Wettbewerb zwischen den Gütern bestimmt sich nach dem Nutzen und Preis der Güter [1].

Eine genauere Darstellung der kaum lösbaren Schwierigkeiten bei der Bestimmung des relevanten Marktes kann entfallen; denn man hat erkannt, daß eine Alleinstellung bzw. ein bestimmter Marktanteil auf dem relevanten Markt nichts Hinreichendes über die gesamte Wettbewerbslage und damit die Marktbeherrschung aussagen.

35 2o Die Nichtbeachtung der unterschiedlichen Marktstruktur auf dem Restteil des relevanten Marktes.

Eindeutig lehnt die Literatur [2] heute in Fällen nicht völliger Alleinstellung eine Monopolbestimmung nur nach einem bestimmten Mindestmarktanteil auf dem relevanten Markt ab. Bei dieser Methode bleibt nämlich die Marktstruktur auf dem übrigen Teil des relevanten Marktes unbeachtet. Insbesondere werden die Marktanteile homogener und heterogener Ersatzgüter gleich behandelt [3].

Diese Unsicherheit dürfte unter anderem dazu geführt haben, daß die Gerichte den für ein Monopol erforderlichen Mindestmarktanteil sehr verschieden bestimmt haben [4].

1) Schinkel S. 99/1oo u. S. 123 ff; schon 1916: United States versus Corn Products Refining Co. in The Federal Reporter Vol. 234 S. 964/75: vgl. BGH NJW 62,196/2oo.
2) Bartholomeyczik im Gem.Komm. § 22 Anm. 53; Frankf. Komm. § 22 Tz 27; so schon eindeutig der wirtschaftspolitische Bundestagsausschuß gegen den Regierungsentwurf (Gem.Komm. 1. Auflage Materialien S. 1189); Kronstein-Miller, Regulation of Trade 1953 S. 177 für die Tendenzen in den USA.
3) Diese Kritik gilt erst recht für Bemühungen, geringere Maße des Markteinflusses etwa eines Kartells nach kleineren Marktanteilen ermessen zu wollen (Lukes S. 166, 56, 93 Anm. 36 mit Hinweisen); zum Kartell siehe unten Seite 209
4) Meyer-Cording S. 35/36 mit Beispielen; entsprechend Lukes S. 56 für das Kartell.

35 3o Die Nichtbeachtung der unterschiedlichen Wettbewerbseinflüsse von Wettbewerbern außerhalb des relevanten Marktes.

Aber selbst die Alleinstellung auf dem relevanten Markt braucht sich nicht mit Marktbeherrschung zu decken. Die Marktbeherrschung ist nämlich nicht nur von den zum relevanten Markt gehörigen, sondern auch von einer Vielzahl entfernterer Substitutionsgüter abhängig [1], die nicht auf den (eng zu wählenden) relevanten Markt genommen werden können.

Die Bedeutung dieser Ersatzgüter für die Marktmacht eines Anbieters ist jedoch von Fall zu Fall verschieden und bleibt bei der Feststellung der Alleinstellung auf dem relevanten Markte unbeachtet. Weiterhin ist die Marktmacht selbst beim Fehlen von (einem ähnlichen Bedürfnis dienenden) Substituionsgütern in verschiedenem Maße von der Entbehrlichkeit bzw. Unentbehrlichkeit des Gutes abhängig [2] [3]. Sämtliche - oft sehr verschiedenen - Einflüsse von außerhalb des relevanten Marktes auf die Marktposition des möglichen Monopolisten bleiben also unberücksichtigt. Die Methode "relevanter Markt" läßt damit bei § 22 I GWB "unähnliche" Güter außer Acht, während bei der Verwendung des "soziologischen" Wettbewerbsbegriffs [4] Anbieter ohne spürbaren Markteinfluß unbeachtet blieben [5].

35 4o Die Überflüssigkeit der Bestimmung des relevanten Marktes bei § 22 I GWB.

Die Monopolbestimmung nach völliger oder annähernder Alleinstellung auf dem relevanten Markt führt also zu unsachgemäßen Ergebnissen. Dieser Vorwurf

1) Meyer-Cording S. 4o; siehe oben Seite 156/57
2) siehe oben Seite 157 : je nach dem, ob sich die Gutseinheiten oben oder unten in der Bedarfsdeckungsskala befinden.
3) Meyer-Cording S. 42; vgl. Franz Böhm, Wettbewerb und Monopolkampf, Berlin 1933 S. 3o/31.
4) siehe oben Seite 151 ff
5) ähnlich Mestmäcker, Das marktbeherrschende Unternehmen ... S. 11 unten.

braucht jedoch nicht für § 22 I GWB zu gelten; denn bei der dargelegten Monopolbestimmung nach der Nachfrageelastizität erübrigt sich diese morphologische Methode.

Die Monopolbestimmung nach der Alleinstellung auf dem relevanten Markt wird auch keineswegs durch den Wortlaut des § 22 I GWB zwingend vorgeschrieben. Denn es kommt nicht mehr auf die Alleinstellung auf dem relevanten Markt, sondern auf den gesamten Wettbewerb von außen an, wenn man die Worte "keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt" betont; der Anbieter "ohne Wettbewerber" kann dann ohne weiteres als Sonderfall [1] des Fehlens wesentlichen Wettbewerbs angesehen werden.

35 5o Die richtige Auslegung der Worte "für eine bestimmte Art".

Der Verzicht auf die Abgrenzung des relevanten Marktes steht auch im übrigen im Einklang mit dem Wortlaut des § 22 I GWB. Die Worte "für eine bestimmte Art von Waren..." brauchen nämlich keineswegs auf eine Bestimmung des relevanten Marktes hinzuweisen. Sie dienen vielmehr einer Klarstellung - eine Aufgabe, die diesen Worten auch in der Begründung des Regierungsentwurfes zugewiesen wurde [2]: Wegen der verbreiteten Diskussion, ob "Größe an sich", insbesondere finanzielle Überlegenheit [3], kartellbehördliche Eingriffe rechtsfertige oder nicht, sollte nämlich verneinend klargestellt werden, daß bei Mehrproduktunternehmen die Monopolstellung für die verschiedenen Produkte getrennt festzustellen ist [4]. Diesem Erfordernis wird jedoch bei der Nachfrageelastizität als Monopolmaß Rechnung getragen [5].

1) siehe oben Seite 156/57, 91/92
2) Bundestagsdrucksache II/1158 Anl. 1 zu § 17 Ziffer 3.
3) vgl. oben Seite 112
4) vgl. Frankf.Komm. § 22 Tz 8.
5) Über die Besonderheiten beim Angebot von mehreren Substitutionsgütern einer "bestimmten Art von Waren" durch ein Mehrproduktunternehmen vgl. die obigen kurzen Erwägungen zur Bestimmung der Nachfrageelastizität beim Oligopol (oben Seite 162/63)

Mit der Ablehnung von Untersuchungen zum relevanten Markt bei § 22 I GWB wird keineswegs gesagt, daß die Abgrenzung des relevanten Marktes auch bei anderen kartellrechtlichen Vorschriften wie den §§ 6 I, 15, 16, 18 I, 2o II 5 und vor allem § 23 GWB entfällt. Der relevante Markt ist nämlich immer dann bedeutsam, wenn die Wirkungen einer wettbewerbsbeschränkenden Handlung zu ermessen sind [1].

Vor allem ist die Abgrenzung des relevanten Marktes wichtig für das zwischenstaatliche und europäische Wettbewerbsrecht nach dem EWG-Vertrag und dem Vertrag zur Errichtung der Montanunion. Denn mit einer sachlichen Abgrenzung des Marktes wird zugleich auch der räumliche Wirkungsbereich der wettbewerbsbeschränkenden Handlungen abgesteckt.

Die Überlegungen zum relevanten Markt werden auch eine gewisse Bedeutung bei der Bestimmung der Nachfrageelastizität haben. Eine ungefähre Abgrenzung des relevanten Marktes bedeutet nämlich zugleich eine Vorauswahl der Anbieter, die mit ihrem Wettbewerb in besonderer Weise auf die Freiheit der Nachfrager einwirken.

Die Gerichte werden auch in den Urteilen bei der Beschreibung und Erklärung eines Wettbewerbsgeschehens von "dem Markt" für ein bestimmtes Gut sprechen müssen. Jedoch ist der Hinweis auf eine Alleinstellung oder einen großen Marktanteil bei der Anwendung von § 22 I GWB - auch als Indiz [2] - abzulehnen; denn damit wird nur der Anschein der Verwendung von Fakten hervorgerufen.

1) Edmund H. Schwenck, Der Marktbegriff, in:Wirtschaft und Wettbewerb 196o S. 3 (ohne Begründung); vgl. Günther S. 3.
2) Bartholomeyczik im Gem.Komm. § 22 Anm. 53.

(Es folgt S. 18o)

40 oo Die quantitative Erfassung des Monopolmißbrauchs bei der Gestaltung von Geschäftsbedingungen (§ 22 III GWB).

Die beiden Tatbestandsteile des Monopolmißbrauchs bei der Preisbildung lassen sich nach dem Ergebnis der bisherigen Untersuchung quantitativ erfassen: Die marktbeherrschende Stellung im Sinne von § 22 I GWB ist durch die nach der Nachfrageelastizität gemessene Freiheitsbeeinträchtigung (der Nachfragerschaft) gekennzeichnet. Mißbräuchliche Preisgestaltung nach § 22 III Nr. 1 GWB liegt bei einem gewissen Maß von Preisüberhöhungs--und Verzichtsschaden bei den Einzelrechtsgeschäften vor.

Schwieriger ist der Nachweis für die Meßbarkeit der Abweichung von der "richtigen" Bedarfsdeckung beim Tatbestand des Monopolmißbrauchs bei der Gestaltung von Geschäftsbedingungen (§ 22 III Nr. 1 GWB letzte Alternative) [1] [2].

41 oo Die Orientierung der "richtigen" Regelung der Geschäftsbedingungen an den gesetzlichen Vertragstypen.

Soll die Auslegung des Tatbestandes vom Monopolmißbrauch bei der Gestaltung von Geschäftsbedingungen nach dem Vorbild der Untersuchung des Monopolmißbrauchs durch Preisüberhühung erfolgen, so muß man eine "richtige" Regelung der Geschäftsbedingungen finden und die Abweichung davon nach dem Maß der verringerten Bedarfsdeckung zu messen versuchen.

Bemerkenswert in diesem Zusammenhang ist, daß auch Bartholomeyczik im Gemeinschaftskommentar die Geschäftsbedingungen mißbräuchlich nennt, die nicht "richtig" seien [3]. Weitere Erläuterungen, insbeson-

1) Diese Vorschrift bezieht sich nicht nur auf allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB): Bartholomeyczik im Gem.Komm. § 22 Anm. 1oo.
2) Der Monopolmißbrauch bei sog. Koppelungsgeschäften (§ 22 III Nr. 2 GWB) kann als relativ unbedeutender Sonderfall angesehen werden (siehe Anm. 4. unten Seite 185).
3) Bartholomeyczik im Gem.Komm. § 22 Anm. 1o2.

dere zur Bestimmung der "richtigen" Geschäftsbedingungen, fehlen jedoch bei Bartholomeyczik.

Die Suche nach den "richtigen" Geschäftsbedingungen bereitet ähnliche Schwierigkeiten wie die Bestimmung des gerechten Preises; die einzige Möglichkeit zur Bewältigung dieses Problems wird durch eine juristische Methode geschaffen, durch die Suche nach dem maßgeblichen öffentlichen Interesse [1], wie es insbesondere in den Gesetzen zum Ausdruck kommt.

Der entscheidende Schritt hierzu ist in vielen Fällen die besonders von Raiser [2] und Lukes [3] geforderte Orientierung der AGB an den Vertragstypen des dispositiven Rechts. So enthält das BGB z.B. in seinen Bestimmungen über die Gefahrtragung Richtlinien für eine Kontrolle von Geschäftsbedingungen derartigen Inhalts.

Aber auch wenn man von gesetzlichen Vertragstypen ausgehen kann, bleibt festzustellen, 1.) wieweit eine sachlich begründete Abweichung von der gesetzlichen Regelung möglich ist [4] und 2.) ob eine darüber hinausgehende Abweichung ein mißbräuchliches Maß erreicht. Damit ergibt sich auch beim Monopolmißbrauch bei der Gestaltung von Geschäftsbedingungen eine ähnliche Untersuchung wie beim Monopolmißbrauch durch Preisüberhöhung, nämlich die Suche nach der "richtigen" Regelung (unter Zuhilfenahme der gesetzlichen Vertragstypen) und die Messung der Abweichung von dieser "richtigen" Regelung.

42 oo Die Bedeutung der Gegenleistung für die "richtige" Regelung von risikoüberwälzenden Geschäftsbedingungen.

Die Ähnlichkeit des Tatbestandsaufbaus bei den beiden Alternativen des § 22 III Nr. 1 GWB und zugleich

1) siehe oben Seite 2/3 und Seite 37
2) Raiser, Gesch.Bedingungen S. 293 ff.
3) Lukes, Gedanken... S. 481,47o und Lukes § 315... S. 19oo.
4) Lukes § 315 ... S. 19oo und Lukes, Gedanken ... S. 482.

die Besonderheiten bei der Betrachtung von Geschäftsbedingungen lassen sich am besten an Geschäftsbedingungen verdeutlichen, die eine Überwälzung des Risikos von Zufallschäden auf den Vertragsgegner [1] vorsehen. Diese Bedingungen betreffen nämlich nur eine Verschiebung von Nachteilen von einem Partner auf den anderen, und zwar von Nachteilen, die in jedem Falle von einem der beiden Partner zu tragen sind, ohne daß einer der Partner - wie im Falle des Verschuldens - daran etwas ändern könnte [2].

(Besonders) Bei diesen risikoüberwälzenden Geschäftsbedingungen liegt eine Diskussion darüber nahe, welche Bedeutung die Höhe der Gegenleistung für die Angemessenheit der Geschäftsbedingungen hat. Man könnte nämlich meinen, bei Verlagerung des Risikos auf den Abnehmer brauche nur der "richtige" Preis in Höhe des "kalkulatorischen Wagnisses" gesenkt zu werden [3]; das "kalkulatorische Wagnis" ist nämlich die Kostengröße, die sich bei gleichmäßiger Verteilung eines nicht immer auftretenden, aber abschätzbaren Aufwands auf das einzelne Stück ergibt.[4] Ein kartellbehördlicher Eingriff wäre dann nur bei Überschreiten dieses herabgesetzten "richtigen" Preises möglich, also nur als Sonderfall der Bekämpfung monopolistischer Preisüberhöhung aufzufassen; es ist jedoch fraglich, ob die "unrichtigen" Geschäftsbedingungen entsprechende Preisüberhöhung das für einen Monopolmißbrauch erforderliche Mindestmaß [5] erreicht.

---

1) im Grundfall ein Abnehmer; die Besonderheiten bei Nachfragemacht werden hier bewußt vernachlässigt; vgl. oben Seite 10 Anm.4

2) Von dem oft mit der Überwälzung von Zufallsschäden verbundenen Problem der Beweislast-Überwälzung für das Nichtverschulden soll einmal abgesehen werden.

3) vgl. Johann Heinrich von Brunn, Streitgespräch S. E 33/34 u. v.Brunn, Die formularmäßigen Vertragsbedingungen 2. Auflage Köln und Berlin 1956 S. 34.

4) Günter Wöhe, Einführung in die Allgemeine Betriebswirtschaftslehre 5. Auflage Berlin und Frankfurt 1963 S. 477/78.

5) siehe oben Seite 120/21

Raiser meint allgemein zur Bedeutung der Gegenleistung, das Problem der AGB sei nicht nur ein ökonomisches, sondern auch ein sozial-sittliches Problem [1]. Zumindestens bei der Frage der Risikoüberwälzung erweist sich jedoch, daß sich hinter diesem sittlichen Aspekt einzel- oder volkswirtschaftliche Belange verbergen.

Wer von zwei Personen ein Risiko trägt, ist nämlich ökonomisch nicht gleichgültig; das beweist die Existenz eines ganzen Wirtschaftszweiges, nämlich des Versicherungsgewerbes, bei dem die Geschäftsbedingungen - "nicht Appendix der Ware, sondern die Ware selbst" sind [2]. Ein Risiko, das für ein Großunternehmen oder eine Versicherung eines von vielen ist und sich daher mit anderen Risiken ausgleicht, kann für einen wirtschaftlich schwachen Unternehmer die Existenzvernichtung bedeuten [3].

Das gilt aber nur dann, wenn die entgeltliche Übernahme des Risikos durch einen Dritten, einen gewerbsmäßigen Versicherer, gar nicht oder nur zu einer (wegen des Dienstleistungsentgelts) besonders hohen Prämie möglich ist.

Ein Preisabschlag im Umfange des ersparten kalkulatorischen Wagnisses ist für den - großen - Anbieter nur ein Ausgleich der ersparten Kosten, da für ihn kein <u>besonderes</u> Risiko bestand; für den wirtschaftlich schwachen Abnehmer ist dieser Preisabschlag jedoch kein wirtschaftliches Äquivalent für die Risikoübernahme, da für ihn ein größer zu bemessener Aufwand entsteht [4].

---

1) Raiser, Gesch.Bed. S. 289/290.
2) Möller, Streitgespräch S. E 23; vgl. Lukes, Der Kartellvertrag S. 196.
3) Raiser, Gesch.Bed. S. 286.
4) Reinhard Freiherr von Godin, Paul Ratz, Kommentar zum Handelsgesetzbuch 2. Auflage, Berlin 1963 § 346 Anm. 17d S. 59 und Lukes, Gedanken ... S. 462.

Die unterschiedliche Bewertung eines Risikos je nach der Person dessen, der es trägt, findet ihre Bestätigung in der Steuerrechtsprechung, die bei der Bewertung von dubiosen Außenständen oder Garantieverpflichtungen auf die Schätzung des einzelnen Unternehmers abstellt und insbesondere die Gefährdung des Betriebes bei plötzlichen Ausfällen bzw. Verpflichtungen berücksichtigt [1].

Die Bewertung bzw. Messung von Leistung und Gegenleistung ergibt also, daß die Überwälzung des Risikos von Zufallschäden in einigen Fällen zu einer nicht sachgerechten Abweichung von der gesetzlichen Regelung führt; dieses Ergebnis hängt jedoch davon ab, welche Vertragspartner an den Verträgen beteiligt sind, vor allem davon, ob diese wirtschaftlich schwach oder gesichert sind.

Für die Frage, ob eine Risikoüberwälzung sachgerecht ist, sind zahlreiche weitere Gesichtspunkte maßgeblich; so gestaltet z.B. die Rationalisierungsfunktion [2] von AGB [3], daß in Einzelfällen auch Risikoüberwälzungen auf wirtschaftlich Schwache in Kauf genommen werden, wenn die Überwälzung des Risikos für die meisten Betroffenen sachgerecht ist; so kann z.B. ein einheitlicher Preis im Reinigungsgewerbe eine Haftungsobergrenze für besonders wertvolle Bekleidungsstücke rechtfertigen.

Weitere Einzelheiten sollen hier jedoch nicht dargestellt werden; bei dieser Untersuchung kommt es nur darauf an, festzustellen, daß auch bei der Ermittlung der "richtigen" Regelung von Geschäftsbedingungen die Bewertung bzw. Messung von Leistung und Gegenleistung eine erhebliche Bedeutung hat.

43 oo Der Bewertungsabschlag für die Schlechterstellung infolge unsachgemäßer Risikoüberwälzung.

Die Möglichkeit der Quantifizierung muß sich vor allem bei der Bestimmung der Abweichung von der "richtigen" Regelung der Geschäftsbedingungen erweisen. Von einem Preisüberhöhungs- und Verzichtsschaden, wie er oben dargestellt wurde, kann man

1) Reichsfinanzhof, Reichssteuerblatt 1939 S. 195; und RFH RStBl 31,240; Finanzgericht Hamm, Entscheidungen der Finanzgerichte 53,50.
2) vgl. Lukes, Gedanken ... S. 474/75.
3) siehe oben Anm. 1 Seite 180

hier nicht sprechen; die Verringerung des Niveaus der Bedarfsdeckung [1] ergibt sich hier nämlich aus einer verringerten Leistung des Anbieters. Dennoch kann an die Überlegungen zur Ermittlung des Preisüberhöhungs- und Verzichtsschadens angeknüpft werden.

Der Wert [2] einer Leistung wird durch den Preis wiedergegeben, den der Abnehmer für die jeweilige erste, zweite usw. Einheit zu zahlen bereit ist [3]. Die Leistungsverringerung [4] infolge der Risikoüberwälzung wird dann durch den Unterschied zwischen den Preisen ausgedrückt, die der Abnehmer für die Lieferung mit und ohne Risikoüberwälzung für die jeweilige Gutseinheit zu zahlen bereit ist.

Dieser Unterschied ist in der Regel bei den verschiedenen in der Nachfragekurve nacheinander aufgereihten Abnehmern verschieden und kann daher nur in Durchschnittswerten geschätzt werden. Dieser Unterschied ist jedenfalls bei unsachgemäßer Risikoüberwälzung größer als das vom Anbieter ersparte kalkulatorische Wagnis; bei rationalem Verhalten der Abnehmer [5] ist dieser Unterschied andererseits nicht größer als die Versicherungsprämie, die zur Absicherung gegen das überwälzte Risiko zu zahlen wäre.

Nimmt man einmal vereinfachend einen bei allen Abnehmern gleichen Abschlag der Bewertung der Leistung infolge Risikoüberwälzung an, so läßt sich die Verringerung der Bedarfsdeckung auch graphisch darstellen. Statt der Parallelverschiebung der Preisachse DP1 in Figur 4 [6] von der X-Achse fort ist eine Parallelverschiebung der Nachfragekurve zur X-Achse hin anzunehmen.

Man kann nachweisen, wovon hier abgesehen

---

1) für die Benachteiligung der Abnehmer von Produktionsmitteln vgl. oben Seite 108/109
2) genauer: Der Nutzenzuwachs infolge des Erwerbes.
3) siehe oben Seite 39ff
4) Bei den durch § 22 III Nr. 2 GWB bekämpften Mitabnahmepflichten geht es um die Bewertung einer unerwünschten und daher meist zu teuer bezahlten Mehrleistung.
5) dazu noch unten Seite 190/191
6) Seite 88

werden soll, daß die Verringerung der Bedarfsdeckung infolge der Risikoüberwälzung gleich dem Preisüberhöhungs- und Verzichtsschaden [1] bei einer Preisüberhöhung in Höhe des Bewertungsabschlages ist.

Dieser Bewertungsabschlag ist in Geld ausgedrückt; er ist dennoch wie der Preisüberhöhungs- und Verzichtsschaden [2] ein Maß für die Senkung des Niveaus der Bedarfsdeckung [3] des Konsumenten. Würde er nämlich den Mehrpreis, den er bei Wegfall der Risikoüberwälzung zu zahlen bereit wäre, zahlen, so müßten unter anderem z.B. die am Ende der Bedarfsdeckungsskala stehenden Gutseinheiten anderer Güter ausscheiden; die Geldeinheit, in der der Bewertungsabschlag gemessen wird, gibt daher den - bei allen Konsumenten fiktiv gleichen [4] - Grenznutzen des Einkommens wieder.

Es sind Fälle denkbar, in denen mit einer sachlich unbegründeten Risikoüberwälzung eine Preisermäßigung einhergeht. In diesen Fällen ist die Senkung des Niveaus der Bedarfsdeckung geringer: Der Bewertungsabschlag infolge Risikoüberwälzung ist um den Betrag zu verringern, um den dieser ermäßigte Preis den "richtigen" Preis unterschreitet.

Die weiteren Einzelheiten dazu, wann diese Verringerung der Bedarfsdeckung durch die Geschäftsbedingungen ein mißbräuchliches Maß erreicht, können den entsprechenden Überlegungen zur mißbräuchlichen Preisgestaltung [5] entnommen werden.

---

1) Der Verzichtsschaden ist hier weitgehend zu vernachlässigen (vgl. oben Seite 116)

2) siehe oben Seite 116
3) für die Schädigung der Abnehmer von Produktionsmitteln vgl. oben Seite 108/109
4) siehe oben Seite 96 ff
5) siehe oben Seite 120/121

44 oo Das Verhältnis von Bewertungsabschlag und ersparten Wagniskosten als denkbares spezifisches Mißbrauchsmaß bei Geschäftsbedingungen.

Damit man einen Mißbrauch annehmen kann, muß der durchschnittliche Schaden pro Gutseinheit (infolge der Risikoüberwälzung) einen gewissen Prozentsatz des Preises [1] des Gutes überschreiten [2]. Dieses Mindestmaß dürfte jedoch bei der Gestaltung "unrichtiger" Geschäftsbedingungen im Gegensatz zur Preisüberhöhung relativ selten überschritten werden; denn die Bedeutung der Geschäftsbedingungen gegenüber dem gesamten Geschäft ist eine relativ geringe.

Eine kartellbehördliche Kontrolle von Geschäftsbedingungen nach § 22 GWB ist daher nur aussichtsreich, wenn die Schädigung der Abnehmer durch "unrichtige" Geschäftsbedingungen in spezifischer Weise erfaßt wird. Das scheint zunächst nicht möglich zu sein, da die Abweichung von der "richtigen" Regelung beim Mißbrauch bei der Gestaltung von Geschäftsbedingungen nach dem gleichen Maß gemessen wird wie bei der Preisüberhöhung, nämlich nach dem Maß der Verringerung des Niveaus der Bedarfsdeckung [3].

Eine Möglichkeit besonderer Erfassung des Mißbrauchs bei der Gestaltung von Geschäftsbedingungen ergibt sich jedoch, wenn man sich darauf besinnt, weshalb überhaupt erst ein größeres Maß der Abweichung von der "richtigen" Regelung den staatlichen Eingriff rechtfertigt und nicht die "richtige" Lösung als unmittelbar verbindlich erklärt wird.

Für eine zurückhaltende staatliche Rechtsgeschäftskontrolle spricht zunächst die Tatsache, daß die Vertragsfreiheit die selbstverantwortliche Tätigkeit der Persönlichkeit ermöglicht [4]. Der zweite Grund für eine Beschränkung der Kontrolle auf - besonders schwere - Mißbrauchsfälle ist die Unzulänglichkeit fast jeder hoheitlichen Regelung: aus diesem Grunde ist ja auch nach Schmidt-Rimpler in der Regel der Richtigkeitsgewähr des Vertrags"mechanismus" der Vorzug zu geben [5].

---

1) des "richtigen" Preises.
2) siehe oben Seite 116 und Seite 121
3) siehe oben Seite 186
4) siehe oben Seite 18, 121
5) Schmidt-Rimpler S. 169; siehe oben Seite 15, 121

Beide Gedanken gelten auch für die Kontrolle von Geschäftsbedingungen. Jedoch brauchen diese Überlegungen nur im Hinblick auf den Vertragsteil angestellt zu werden, der die Geschäftsbedingungen betrifft; das ist anders als bei der Preiskontrolle nach § 22 GWB, die die gesamte Leistung und Gegenleistung betrifft. -

Es empfiehlt sich folgendes zu unterscheiden: 1.) die Wirkungen der Geschäftsbedingungen, die nur anstelle einer Preisüberhöhung stehen - sie liegen auch bei einer sachlich gerechtfertigten Risikoüberwälzung ohne entsprechende Preisherabsetzung vor - und 2.) die Wirkungen, die darüberhinaus auf die "Unrichtigkeit" der für sich betrachteten Geschäftsbedingungen zurückgehen.

Insgesamt sieht der Konsument die Einführung einer Risikoüberwälzung als eine Leistungsverringerung in Höhe des oben beschriebenen Bewertungsabschlages an. Hat der Anbieter nun eine Ersparnis an kalkulatorischen Wagnissen in gleicher Höhe, so kommt die Risikoüberwälzung einer Preisüberhöhung in derselben Höhe gleich, wenn der Anbieter vor der Risikoüberwälzung den "richtigen" Preis gefordert hat und ihn beibehält.

Eine Wirkung, die sich allein aus der "Unrichtigkeit" der Risikoüberwälzung ergibt, liegt nur dann bzw. nur insoweit vor, als dieser Bewertungsabschlag über das ersparte kalkulatorische Wagnis des Anbieters hinausgeht.

Diese spezifische Wirkung der Risikoüberwälzung liegt bei jeder unsachgemäßen Regelung vor; diese Wirkung allein sollte man der Prüfung zugrundelegen, ob die Abweichung von Geschäftsbedingungen von der "richtigen" Regelung ein mißbräuchliches Maß erreicht; der übrige Teil des Bewertungsabschlages ist - gegebenenfalls um eine Unterschreitung oder Überschreitung des "richtigen" Preises verringert oder vermehrt - einer normalen Preisüberhöhung gleichzuachten.

Aus dieser Unterscheidung ergibt sich zugleich, daß die spezifische von der Geschäftsbedingung ausgehende Schadensgröße nicht wie der Preisüberhöhungs- und Verzichtsschaden pro Stück zum gesamten "richtigen" Preis ins Verhältnis zu setzen ist [1], sondern nur dem Preisanteil für die Risikotragung - das sind im wesentlichen die Wagniskosten des Anbieters - gegenüberzustellen ist.

1) siehe oben Seite 116

Wird dabei ein gewisser Prozentsatz überschritten, so liegt mißbräuchliche Gestaltung der Geschäftsbedingungen vor. Zu der Frage, wie hoch dieser Mindestsatz sein muß, ist auf die obigen Überlegungen zur Preisüberhöhung zu verweisen; jedenfalls macht die Begrenzung der Untersuchung auf den von den Geschäftsbedingungen gebildeten Vertragsteil eine weitgehende Kontrolle der Geschäftsbedingungen, vor allem der AGB, möglich. [1]

45 oo Die quantitative Erfassung von Geschäftsbedingungen über verringerte Verschuldenshaftung und von Geschäftsbedingungen sonstigen Inhalts.

Was für den verhältnismäßig einfachen Fall der Risikoüberwälzung gilt, gilt in ähnlicher Weise für die Kontrolle von Geschäftsbedingungen anderen Inhalts nach § 22 GWB. So bedeutet z.B. der Ausschluß einer gesetzlich vorgesehenen Verschuldenshaftung in der Regel - außer einer unsachgemäßen Risikoüberwälzung für den einzukalkulierenden "unvermeidlichen" Teil der Verschuldensfälle - eine weitere Leistungsverminderung für den Vertragsgegner:
An die Stelle einer nur wenig Aufwand verursachenden sorgfältigen Wahrung der Interessen des Abnehmers bei Verschuldenshaftung des Anbieters tritt für den Abnehmer bei Haftungsausschluß ein - infolge geringerer Sorgfalt des Anbieters - erhöhtes Schadensrisiko. Auch hier läßt sich ein Bewertungsabschlag abschätzen; auch hier ergibt sich also eine Quantifizierbarkeit der Wirkungen der AGB, natürlich nicht im Sinne einer exakten Messung, sondern im Sinne der eingangs geforderten "quantifizierenden Denkweise" [2].
Ähnliche Überlegungen wie zur Risikoüberwälzung und zum Haftungsausschluß bei Verschulden lassen sich auch für andere Geschäftsbedingungen anstellen; allerdings werden zusätzliche Gesichtspunkte zu beachten sein, bei denen eine Quantifizierung nicht

1) siehe oben Seite 120/21
2) siehe oben Seite 1

möglich ist.
Das ist jedoch nicht weiter zu verfolgen, denn hier geht es nur um die meßbaren Erscheinungen; diese Erscheinungen stehen nämlich bei § 22 GWB im Vordergrund. Kaum quantifizierbar sind nämlich vor allem die Wirkungen der Geschäftsbedingungen, die nicht den Vertragspartner, sondern Belange Dritter oder der Allgemeinheit betreffen; der Schutz dieser Belange ist jedoch nicht Aufgabe des § 22 GWB, sondern vor allem auch der Inhaltskontrolle nach § 138 BGB [1].
Denn wie bereits zur Preisüberhöhung dargelegt [2], ist § 22 GWB auf den Schutz der dem Monopolisten gegenüberstehenden Marktseite abgestellt.

46 oo Monopolstellung oder intellektuelle Überlegenheit als Ursachen für die mißbräuchliche Gestaltung von Geschäftsbedingungen.

Entscheidend für die "Unrichtigkeit" von Geschäftsbedingungen ist nach dem Bisherigen die Höhe des Bewertungsabschlages, den die dem Monopolisten gegenüberstehende Marktseite für die Leistungsverringerung infolge der Risikoüberwälzung usw. vornimmt. Das Bedenkliche mancher Geschäftsbedingungen besteht aber gerade darin, daß der betroffene Vertragspartner sich der für ihn nachteiligen Wirkung der Geschäftsbedingungen nicht bewußt wird.

In diesen Fällen trifft die für die bisherigen Ausführungen wichtige Erkenntnis, daß der Wert

1) Die Kontrolle nach den §§ 157, 242 BGB ist jedoch wiederum allein auf das Verhältnis der Vertragspartner abgestellt; gleiches gilt für die Anwendung des Schutzgedankens des § 315 BGB (BGHZ 38,183/86 = NJW 63,99/1oo; Lukes § 315 ... S. 1899 ff.) bei der Inhaltskontrolle von AGB.
2) siehe oben Seite 111.

einer Leistung besser als durch jeden hoheitlichen Akt durch die Bewertung des Konsumenten selbst ermessen werden kann [1], nicht mehr zu. Für diese Fälle ist zu überlegen, ob an die Stelle der subjektiven eine objektive Bewertung treten soll oder wenigstens die Bewertung des Betroffenen, die er bei hinreichender Aufklärung vornehmen würde. Man sollte wohl nur in Ausnahmefällen von der subjektiven Bewertung der Leistung abgehen.

Aber auch dieses Problem braucht hier nicht weiter verfolgt zu werden; denn eine Verringerung des Niveaus der (objektiven) Bedarfsdeckung, die auf irriger Bewertung der Leistung ruht, ist in der Regel nicht durch eine marktbeherrschende Stellung verursacht, sondern vor allem auf die intellektuelle Überlegenheit des von den Geschäftsbedingungen Begünstigten zurückzuführen [2].

Man kann in diesem Zusammenhang ganz allgemein feststellen, daß man mit § 22 III Nr. 1 GWB nur einen geringen Teil der "unrichtigen" Geschäftsbedingungen bekämpfen kann, eben weil der ursächliche Zusammenhang zu einem Monopol nicht vorliegt oder nicht bewiesen werden kann [3].
Die praktische Bedeutung von § 22 GWB bei der Bekämpfung der mißbräuchlichen Gestaltung von Geschäftsbedingungen mag daher relativ gering sein; die Untersuchung hat aber immerhin gezeigt, daß sich nicht nur die Wirkungen von Preisüberhöhungen auf das Einzelrechtsgeschäft, sondern im gewissen Umfange auch die nachteiligen Wirkungen von Leistungsverschlechterungen für die richterliche Wertung quantifizieren lassen.

---

1) siehe oben Seite 12, 40/41
2) vgl. Raiser, Geschäftsbedingungen S. 284/285: Lukes § 315 ... S. 1900.
3) Raiser, Geschäftsbedingungen S. 284/285; Lukes § 315... S. 1897; Lukes (§. 315... S. 1900) weist auf die Verursachung durch andere wirtschaftliche Machtstellungen außer dem Monopol (enger als hier definiert; Anm. 31 S. 1900) hin, wozu u.a. Macht infolge "Größe an sich" (siehe oben Seite 175) zu rechnen ist.

5o oo Individualschutz und Strukturschutz beim Tatbestand des Monopolmißbrauchs und beim Kartelltatbestand.

Die gewonnenen Erkenntnisse zur Anwendung von § 22 I und III GWB erfordern eine geänderte Systematik der Schutzzwecke, denn im Gegensatz zum Schutz der "richtigen" Bedarfsdeckung läßt sich der Schutz der Freiheit der Nachfragerschaft in dem hier gedeuteten Sinne nicht mehr beim Individualschutz einordnen, wie es durch die überkommene Meinung geschieht.

Die Eingriffsbefugnis nach § 22 III GWB dient dem Schutz des Einzelnen beim Abschluß von Verträgen [1]; der für § 22 III GWB hier als maßgeblich herausgearbeitete Schutz der "richtigen" Bedarfsdeckung kann daher durchaus dem Individualschutz zugerechnet werden.

Für den Freiheitsschutz gilt das entgegen der Ansicht in der Literatur [2] jedoch nicht. Im Anschluß an die Gedanken Schmidt-Rimplers zur Vertragsfreiheit ergibt sich vielmehr, wie dargelegt, daß das Maß der Freiheit der Vertragspartner nur im Hinblick darauf interessiert, ob der Vertrags"mechanismus" zu einer "richtigen" Regelung führt.
Eine Konsequenz aus dieser Auffassung ist unter anderem die, daß es nicht auf die Freiheit des Einzelnen ankommt - wie sehr er also auf die Gutseinheit "angewiesen" ist - sondern es ist die "Freiheit" der Nachfragerschaft insgesamt zu erfassen [3], weil sie allein für die "richtige" oder "unrichtige" Preisbildung auf dem Markt maßgeblich ist.

Die Erhaltung der so umschriebenen Freiheit der Nachfragerschaft ist daher eher dem Institutionsschutz - oder besser: Strukturschutz - zuzuordnen;

---

1) siehe oben Seite 9.
2) u.a. Lukes S. 166,187/88, 128.
3) siehe oben Seite 142/43.

dieses findet seine Bestätigung darin, daß diese Freiheit nur als ein Spiegelbild des "wesentlichen Wettbewerbs" (§ 22 I GWB) - eines Strukturphänomens - aufzufassen ist [1], eine Tatsache, die von der überkommenden Lehre verkannt wird.

> Dabei ist übrigens besonders hervorzuheben, daß dieser Schutz der Freiheit der Nachfragerschaft bzw. des Wettbewerbs als Institution nur im Interesse [2] der "richtigen" Regelung, also des Individualschutzes erfolgt [3]; daher kann auch ein Tatbestand, für den der Schutz des Wettbewerbs als Institution das maßgebliche öffentliche Interesse bei der Auslegung ist, ein Schutzgesetz zugunsten des Einzelnen im Sinne der §§ 823 II BGB und 35 GWB sein [4].

Der Tatbestand des § 22 GWB vereinigt in sich sowohl Merkmale des Individual- wie des Institutionsschutzes. Das maßgebliche öffentliche Interessen, dessen Verletzung mit dem Eingriff nach § 22 III, IV GWB wieder hergestellt werden soll, ist die "richtige" Bedarfsdeckung des Einzelnen. Die Verhinderung monopolistischer Marktstrukturen, soweit sie unerwünscht sind [5], ist hingegen für § 22 GWB in der Fassung vom 27.7.1957 nicht maßgeblich.

Jedoch knüpft die Vorschrift einen Eingriff nach § 22 III, IV GWB an die Verursachung der mißbräuchlichen Preisgestaltung usw. durch eine nicht ausgewogene Marktstruktur, nämlich durch eine monopolistische Freiheitsbeschränkung der Nachfragerschaft im Sinne von § 22 I GWB.

---

1) siehe oben Seite 158 ff.
2) wenn auch nicht nach dem Maß der Abweichung; siehe oben Seite 83 ff.
3) ähnlich Benisch S. 767 und S. 777 VII 3 für den Schutz der Freiheit und Lukes S. 185 unten und S. 129 für den Schutz des Wettbewerbs.
4) (siehe oben Seite 8 oben); Lukes S. 187 oben.
5) vgl. oben Seite 137.

Schwieriger als bei § 22 GWB ist die Frage nach Schutzzweck beim Kartell. Während der Individualschutz und der Strukturschutz (Institutionsschutz) bei § 22 GWB verschiedene Rollen im Tatbestandsgefüge haben [1], kommen bei einem Versuch der Quantifizierung des Markteinflusses eines Kartells (der Kartellaußenwirkungen) beide Schutzzwecke als maßgebliche öffentliche Interessen in Frage.

Eine Entscheidung über das oder die maßgeblichen öffentlichen Interessen ist für eine quantitative Erfassung der Kartellaußenwirkungen von besonderer Bedeutung. Eine Untersuchung hierüber ist durch einige Entscheidungen des Bundesgerichtshofes besonders dringlich geworden, wonach zum Tatbestand des Kartells nach § 1 GWB ein "spürbarer" Markteinfluß der Absprache gehört [2].

Bei den Versuchen zur Quantifizierung der Kartellaußenwirkungen dürften die Nachfrageelastizität als Strukturmaß und v.a. der Preisüberhöhungs- und Verzichtsschaden als Maß für die "positionsverschlechternden Reflexwirkungen" [3] des Kartells auf die Einzelrechtsgeschäfte von besonderer Bedeutung sein. Daher sind die Erörterungen zur quantitativen Erfassung des Monopolmißbrauchs und der Monopolstellung zugleich eine Vorarbeit für neue Vorschläge zur Auslegung des § 1 GWB.

---

1) siehe oben Seite 9/10.
2) BGHZ 37,194/200 = WuW 62,885 = WRP 63,43 = NJW 62,1955; BGH NJW 64,2343§46.
3) Lukes S. 285,300/301; weiter S. 189,297.

Lebenslauf.

Am 9. Oktober 1939 wurde ich, Franz Cromme, als Sohn des Oberstfeldmeisters Franz Cromme und seiner Frau Agnes, geb. Wingbermühle in Vechta in Oldenburg geboren. Meine Staatsangehörigkeit ist deutsch, mein Bekenntnis katholisch.

Die ersten vier Jahre meines Lebens, bis zum Soldatentode meines Vaters, wuchs ich in Friedberg in Hessen auf, seitdem habe ich in Vechta in Oldenburg gelebt. Hier besuchte ich den altsprachlichen Zweig des Gymnasium Antonienum zu Vechta und legte dort am 12. März 1959 die Reifeprüfung ab.

Ich studierte an den Universitäten Freiburg, Berlin und Münster und an der Hochschule für Politik in Berlin Rechtswissenschaft, Wirtschaftswissenschaft und Politologie. Am 18. Mai 1963 bestand ich beim Oberlandesgericht Hamm die erste juristische Staatsprüfung, am 28. Oktober 1965 an der Universität Münster mein Examen als Diplomvolkswirt. Seit dem 27. November 1965 befinde ich mich im juristischen Vorbereitungsdienst.